This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 204 467

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

System des Deutschen Privatrechts.

Digitized by Google

Digitized by Google

System

des

Deutschen Privatrechts

von

Paul von Roth.

Dritter Theil.

Sachenrecht.

Tübingen, 1886.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Digitized by Google

OCT 2 5 1921

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Digitized by Google

Vorrede.

Später als ich meinte und wünſchte komme ich dazu, den das Sachenrecht behandelnden dritten Theil meines Deutſchen Privatrechts vorzulegen. Er iſt umfänglicher geworden als urſprünglich beabſichtigt war, weil ich das Grundbuch- und Hypothekenrecht in größerer Ausdehnung behandelt habe, als dieß bisher geſchehen iſt. Namentlich habe ich auch die Beſtimmungen des franzöſiſchen Hypothekenrechts in den Kreis der Darſtellung gezogen, und zwar in der Art, daß ich dieſelben den entſprechenden Beſtimmungen des Deutſchen Hypothekenrechts gegenübergeſtellt und daher das franzöſiſche Hypothekenrecht auf das Syſtem des Deutſchen Hypothekenrechts zurückgeführt habe. Ich glaube, daß dadurch das Verſtändniß des erſteren ſehr erleichtert wird. Gerade in dem gegenwärtigen Zeitpunkt iſt genaue Kenntniß der hypothekenrechtlichen Einrichtungen aller Rechtsgebiete von beſonderer Bedeutung. Der Entwurf des Deutſchen bürgerlichen Geſetzbuchs, deſſen Vollendung und Veröffentlichung bevorſteht, hat für das Grundbuch- und Hypothekenrecht die Beſtimmungen des Preußiſchen Rechts zur Grundlage genommen. Dieß wird ſchon in den übrigen deutſchen Rechtsgebieten zu großen und weitreichenden Umgeſtaltungen führen, in keinem zu ſo großen wie in dem Rechtsgebiet des franzöſiſchen Rechts, deſſen Hypothekenrecht auch in ſeinen Grundlagen nicht erhalten werden kann, das vielmehr ſeiner völligen Beſeitigung entgegengeht. Und es iſt das nicht zu bedauern. Daß das franzöſiſche Hypothekenrecht den Verkehrsbedürfniſſen nicht genügt, iſt notoriſch, und erhellt aus den

Digitized by Google

zahlreichen Klagen über mangelhaften Hypothekarcredit, den vielfältigen Versuchen der Umgestaltung in Frankreich, der Beseitigung der Grundsätze desselben in Belgien. Dem deutschen Juristen ist die Fehlerhaftigkeit desselben auf den ersten Blick erkennbar. Ein System, das die Generalhypotheken conservirt, nichteingetragene neben eingetragenen Hypotheken bestehen läßt, und die verderbliche Judicialhypothek ausgebildet hat, trägt seine Verurtheilung in sich selbst, und es ist nur zu verwundern, daß ein so ungesunder Zustand sich so lange erhalten konnte. Das französische Hypothekenrecht ist viel unvollkommener und den Credit noch mehr schädigend als das römische Pfandrecht, dessen ungenügende Gestaltung doch von jedermann anerkannt wird. Die Beseitigung der Grundsätze desselben, die nur eine Frage der Zeit ist, bietet übrigens nicht so große Schwierigkeiten als man gewöhnlich meint, wenn man auf dem Weg der Zwischengesetzgebung die mit unseren deutschen Institutionen nicht vereinbaren Bestimmungen desselben beseitigt und auf die Grundsätze des Deutschen Hypothekenrechts zurückführt.

Die Neugestaltung des Hypothekenrechts, die einheitliche Regelung desselben in dem ganzen Umfang des Deutschen Reichs, ist zweifellos der schwierigste Theil der bevorstehenden neuen Civilgesetzgebung, nicht nur was die Feststellung der leitenden Principien sondern auch was die Ausführung betrifft; es werden Jahre vergehen, ehe in den nichtpreußischen Rechtsgebieten die Bestimmungen des neuen Grundbuch- und Hypothekenrechts ins Leben treten können — alles Veranlassung, dem Studium des Hypothekenrechts besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden. Darin liegt die Rechtfertigung, wenn es einer solchen bedarf, der ausführlichen Behandlung desselben in dem vorliegenden Band.

Digitized by Google

Inhalt.

Theil 3.

Sachenrecht.

		Seite
Einleitung	§ 217.	1

Buch 1.

Die dinglichen Rechte im Allgemeinen.

Caput 1.

Ueberſicht der dinglichen Rechte . .	§ 218.	4

Caput 2.

Die Grundbuchs- und Hypothekenbuchsverfaſſung.

Allgemeines	§ 219.	5

Titel I.

Die Grund- und Hypothekenbücher des deutſchen Rechts.

Abſchnitt 1.

Die Grund- und Hypothekenbücher des Grundbuchſyſtems	§ 220.	13

Abſchnitt 2.

Die Hypothekenbücher des Hypothekenbuchſyſtems	§ 221.	24

Abſchnitt 3.

Die Führung der Grund- und Hypothekenbücher	§ 222.	28

Titel II.

Das Syſtem des franzöſiſchen Rechts .	§ 223.	49

Buch 2.

Der Beſitz.

I. Begriff und Inhalt	§ 224.	54
II. Wirkungen des Beſitzes	§ 225.	58
III. Vorausſetzungen des Beſitzes	§ 226.	61
IV. Erwerb des Beſitzes	§ 227.	74
V. Verluſt des Beſitzes	§ 228.	91
VI. Schutz des Beſitzes	§ 229.	99

Digitized by Google

Seite

Buch 3.

Das Eigenthum.

Caput 1.

Wesen und Inhalt.

Titel I.

Begriff . . . . . § 230. 124

Titel II.

Arten.

I. Volles und getheiltes Eigenthum . . . . . § 231. 138
II. Das ungetheilte Miteigenthum . . . . . § 232. 140
III. Das getheilte Miteigenthum . . . . . § 233. 160

Titel III.

Beschränkungen des Eigenthums.

Abschnitt 1.

Im Allgemeinen . . . . § 234. 163

Abschnitt 2.

Verpflichtung zu Leistungen . . § 235. 166

Abschnitt 3.

Beschränkungen des Verfügungsrechts.

I. Beschränkung der Veräußerung . . . . . § 236. 168
II. Beschränkung der Theilung . . . . . § 237. 174
III. Beschränkung des Gebrauchs.
1. bei Grundflächen . . . . . § 238. 175
2. bei Gebäuden . . . . . § 239. 185

Abschnitt 4.

Beschränkung des Verbietungsrechts . § 240. 193

Caput 2.

Erwerb des Eigenthums.

Titel I.

Im Allgemeinen.

I. Fähigkeit zum Erwerb . . . . . § 241. 196
II. Die Erwerbsarten . . . . . § 242. 199

Titel II.

Ursprünglicher Erwerb.

Abschnitt 1.

Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum.

I. Fruchterwerb . . . . . § 243. 200
II. Eigenthumserwerb durch Verbindung . . . . § 244. 201

Abschnitt 2.

Vom bisherigen Eigenthum unabhängiger Erwerb.

I. Occupation . . . . . § 245. 219
II. Zwangsenteignung . . . . . § 246. 233

Digitized by Google

Seite

III. Erwerb der Früchte einer fremden Sache . . . § 247. 251
IV. Verarbeitung . . . . . § 248. 253
V. Ersitzung.
1. Im Allgemeinen . . . . . § 249. 257
2. Die ordentliche Ersitzung . . . . . § 250. 262
3. Die außerordentliche Ersitzung . . . . . § 251. 291

Titel III.

Abgeleiteter Erwerb.

Abschnitt 1.

Eigenthumsübergang durch Richterspruch. . § 252. 294

Abschnitt 2.

Eigenthumsübertragung.

Allgemeines . . . . . § 253. 296

Abtheilung 1.

Eigenthumsübertragung an Mobilien . . . § 254. 297

Abtheilung 2.

Eigenthumsübertragung an Immobilien.

Uebersicht . . . . . § 255. 306
I. Rechtsgebiet der Tradition . . . . . § 256. 316
II. Rechtsgebiet der Transskription . . . . . § 257. 322
III. Rechtsgebiet der gerichtlichen Auflassung.
Allgemeines . . . . . § 258. 323
1. Voraussetzung . . . . . § 259. 328
2. Form . . . . . § 260. 332
3. Wirkung . . . . . § 261. 342

Caput 3.

Schutz des Eigenthums.

I. Die Eigenthumsklage . . . . . § 262. 346
II. Die Eigenthumsfreiheitsklage . . . . . § 263. 360
III. Die Publicianische Klage . . . . . § 264. 365
IV. Die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz . . § 265. 369

Buch 4.

Die dinglichen Rechte.

Allgemeines . . . . . § 266. 371

I. Dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte.

Caput 1.

Die Dienstbarkeiten.

Allgemeines . . . . . § 267. 373

Titel I.

Begründung, Aufhebung und Schutz der Dienstbarkeiten.

I. Begründung der Dienstbarkeiten . . . . . § 268. 378
II. Erlöschen der Dienstbarkeiten . . . . . § 269. 393
III. Schutz der Dienstbarkeiten . . . . . § 270. 401

Digitized by Google

Seite

Titel II.
Die persönlichen Dienstbarkeiten.
Allgemeines . . . . § 271. 403
I. Der Nießbrauch.
1. Begriff und Arten . . . . . § 272. 405
2. Begründung . . . . . § 273. 408
3. Inhalt . . . . . § 274. 413
II. Das Gebrauchsrecht . . . . . § 275. 430
III. Das Wohnungsrecht . . . . . § 276. 432

Titel III.
Die Grunddienstbarkeiten.
Allgemeines . . . . § 277. 433
I. Das Hut- und Weiderecht . . . . . § 278. 440
II. Die Wegegerechtigkeit . . . . . § 279. 446
III. Wasserlaufdienstbarkeiten . . . . . § 280. 450
IV. Forstdienstbarkeiten . . . . . § 281. 453
V. Dienstbarkeiten an Grundflächen . . . . . § 282. 457
VI. Gebäudedienstbarkeiten . . . . . § 283. 458

Caput 2.
Die Reallasten.

Titel I.
Allgemeine Grundsätze.
I. Begriff . . . . . § 284. 464
II. Entstehung und Beendigung . . . . . § 285. 469
III. Inhalt . . . . . § 286. 474
IV. Rechtsmittel . . . . . § 287. 477

Titel II.
Die einzelnen Reallasten . . . § 288. 478

Caput 3.
Das Platzrecht . . . . § 289. 492

II. Dingliche Substanzrechte.

Caput 1.
Das Pfandrecht.
Einleitung . . . . . § 290. 498

Titel I.
Pfandrecht an Immobilien.
Allgemeines . . . . § 291. 501

Abschnitt 1.
Begriff des Pfandrechts an Immobilien.
I. Im Allgemeinen . . . . . § 292. 521
II. Begriff der accessorischen Hypothek . . . . . § 293. 524
III. Begriff der Grundschuld . . . . . § 294. 527

Digitized by Google

Seite

Abschnitt 2.
Die Grundlagen.

I. Im Allgemeinen . . . . . § 295. 532
II. Grundsatz der Publicität . . . . . § 296. 534
III. Grundsatz der Specialität . . . . . § 297. 536

Abschnitt 3.
Die Entstehung der Hypothek und Grundschuld.

Abtheilung 1.
Allgemeine Voraussetzungen.

I. Das Objekt der Pfandbestellung . . . . . § 298. 539
II. Das Recht des Bestellers . . . . . § 299. 549

Abtheilung 2.
Voraussetzungen der Errichtung einer Hypothek.

I. Die Forderung.
1. Im Allgemeinen . . . . . § 300. 561
2. Die Cautionshypothek . . . . . § 301. 564
II. Die Hypothektitel im Allgemeinen . . . . . § 302. 567
III. Von den Hypothektiteln im Einzelnen.
1. Die gesetzlichen Hypothektitel . . . . . § 303. 570
2. Die freiwilligen Rechtstitel . . . . . § 304. 582
IV. Die Eintragung . . . . . § 305. 586

Abtheilung 3.
Voraussetzung der Errichtung einer Grundschuld . § 306. 606

Abschnitt 4.
Umfang des Rechts.

I. Hinsichtlich des Gegenstandes . . . . . § 307. 609
II. Hinsichtlich der Forderung . . . . . § 308. 615

Abschnitt 5.
Wirkungen des Pfandrechts.

Abtheilung 1.
Stellung des Eigenthümers . . . . . § 309. 620

Abtheilung 2.
Rechte des Gläubigers.

I. Inhalt des Pfandrechts.
1. Recht auf Befriedigung . . . . . § 310. 638
2. Anspruch auf Sicherstellung . . . . . § 311. 646
II. Dispositionsbefugniß des Gläubigers . . . . . § 312. 648

Abschnitt 6.
Geltendmachung des Anspruchs.

I. Klage aus der accessorischen Hypothek . . . . . § 313. 652
II. Die Grundschuldklage . . . . . § 314. 665

Digitized by Google

Seite

Abschnitt 7.
Uebergang der Hypotheken und Grundschulden.
Abtheilung 1.
Uebergang der Hypotheken.
I. Die Cession . . . . . § 315. 667
II. Die hypothekarische Succession . . . . . § 316. 675
III. Die Verpfändung . . . . . § 317. 692
Abtheilung 2.
Uebergang der Grundschulden . . . . . § 318. 695
Abschnitt 8.
Rangordnung der Hypotheken und Grundschulden. § 319. 696
Abschnitt 9.
Beendigung des Hypothekenrechts.
I. Im Allgemeinen . . . . . § 320. 703
II. Die Erlöschungsgründe . . . . . § 321. 707
III. Die Löschung . . . . . § 322. 716
Titel 2.
Pfandrecht an Mobilien.
Allgemeines . . . . § 323. 717
I. Begründung . . . . . § 324. 719
II. Inhalt . . . . . § 325. 725
III. Beendigung . . . . . § 326. 731
Titel 3.
Pfandrecht an Vermögensrechten . . § 327. 733
Caput 2.
Das dingliche Vorkaufsrecht . . § 328. 737
Caput 3.
Das Lehenrecht . . . . § 329. 745
Caput 4.
Das Recht der Familienfideicommisse.
Einleitung . . . . . § 330. 753
1. Von den Familienfideicommissen überhaupt . . . § 331. 758
II. Errichtung der Familienfideicommisse . . . . § 332. 761
III. Rechtsverhältniß der Betheiligten.
1. Recht des Fideicommißbesitzers . . . . . § 333. 767
2. Rechtsverhältniß der Anwärter . . . . . § 334. 776
IV. Aufhebung . . . . . § 335. 778
Caput 5.
Das bäuerliche Güterrecht . . . § 336. 781

Berichtigung.

S. 35 Z. 7 statt Passivbetheiligten l. Aktivbetheiligten.

Digitized by Google

Verzeichniß der gebrauchten Abkürzungen.

Nachträge zu Band 1. p. XVII. Band 2. p. XIII.

Abl.G.	— Ablösungsgesetz.
A.V.	— Ausführungsverordnung.
Ä. Pr.O.	— Aeltere Proceßordnung.
C. de pr.	— Code de procedure.
Duncker R.L.	— Duncker, Reallasten.
E.G.	— Einführungsgesetz.
E.Ü.	— Eigenthumsübereignungsgesetz.
E.R.	— Enteignungsrecht.
E. und H.F.O.	— Erb- und Handfesteordnung.
Erk. R.G.	— Erkenntniß Reichsgericht.
E. P.O.	— Erläuterte Proceßordnung.
F.E.	— Fideicommißedikt.
F.G.	— Fideicommißgesetz.
Friedlieb R.L.	— Friedlieb, Reallasten.
G.O.	— Gerichtsordnung.
Gr.B.G.	— Grundbuchgesetz.
Gr.B.O.	— Grundbuchordnung.
Gr.B.R.	— Grundbuchrecht.
J.G.	— Ingrossationsgesetz.
J.M.R.	— Justizministerialreskript.
Lewis F.	— Lewis, Familienfideicommißrecht.
Pf.G.	— Pfandgesetz.
Pl.B.	— Plenarbeschluß.
Randa E.	— Randa, Eigenthumsrecht.
R.L.	— Rechtslexikon.
Renaud R.L.	— Renaud, Reallasten.
R.G.O.	— Reichsgewerbeordnung.
R.K.O.	— Reichskonkursordnung.
R. R. H.O.	— Revidirte Ritterschaftliche Hypothekenordnung.
R. St.B.O.	— Revidirte Stadtbuchordnung.
Roth H.S.	— Roth, hypothekarische Succession.
St.B.O.	— Stadtbuchordnung.
W.G.	— Wassergesetz.
Z. f. vgl. R.W.	— Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Digitized by Google

Digitized by Google

Theil 3.

Sachenrecht.

§ 217.

Einleitung.

Das deutsche Sachenrecht unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von dem Sachenrecht des römischen Rechts. Die Unterscheidungsmerkmale sind folgende:

I. Irrthümlich wird von manchen angenommen, daß nach älterem deutschem Recht die Auffassung des Inhalts des Sachenrechts eine andere gewesen sei als im römischen Recht [1]. Veranlassung zu der irrthümlichen Auffassung gab der Umstand, daß in dem älteren deutschen Recht die Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Rechte nicht präcis durchgeführt war [2], sowie, daß in Folge der großen Ausdehnung der dinglichen Nutzungsrechte (Lehen, bäuerliche Leihen) das Eigenthum an Immobilien im Mittelalter nicht die Regel bildete [3]. Daß in dem älteren deutschen Recht der Begriff des Eigenthums und der dinglichen Rechte sich analog der Auffassung des römischen und des jetzt geltenden Rechts gestaltet hatte, wird jetzt allgemein zugegeben.

II. Eine durchgehende Verschiedenheit des deutschen und des römischen Rechts tritt darin hervor, daß das erstere nicht wie das letztere für die Rechtsverhältnisse der Sachen allgemeine Regeln aufstellt, sondern das Mobiliarsachenrecht von dem Immobiliarsachenrecht unterscheidet. Diese Unterscheidung hat sich nicht nur

[1] Vgl. Duncker, Z f. D. R. II. 1. 187; Stobbe, P.R. § 78 Nr. Förster Eccius § 167, 10; Randa, E. § 1, 20.

[2] Stobbe, P.R. § 71, 1.

[3] Förster Eccius § 167, 13.

Digitized by Google

bis in unsere Zeit fortgepflanzt, sondern sie beherrscht auch die ganze neuere Rechtsentwicklung, und es ist in den meisten Landesrechten die deutschrechtliche Auffassung ausschließlich zur Geltung gelangt. Die Unterscheidung zeigt sich an Entstehung, Inhalt und Beendigung der Rechte an Sachen.

A. Hinsichtlich der Immobilien.

I. Erwerbung des Rechts. Während das römische Recht den Eigenthumserwerb durch Uebertragung ohne Unterscheidung von Immobilien und Mobilien einheitlich regelt, hat das deutsche Recht für die Uebertragung des Rechts an Immobilien durch ein Geschäft unter Lebenden andere Formen bestimmt als für die Uebertragung des Rechts an Mobilien. Man bezeichnet das deutschrechtliche Princip als das der Auflassung, das römischrechtliche als das Traditionsprincip. Das erstere ist jetzt in dem überwiegenden Theil der deutschen Landesrechte angenommen. Als Consequenz der Gestaltung des deutschen Immobiliarsachenrechts erscheint:

1. daß das deutsche Recht einzelne im römischen Recht als obligatorisch gestaltete Rechte als dingliche Rechte ausgebildet hat [4]. In dem neuern Recht ist dieß dahin erweitert, daß das Recht zur Sache (jus ad rem) durch Einräumung des Besitzes dinglich wird [5], und daß persönliche Rechte durch Eintragung in das Grundbuch oder Hypothekenbuch zu dinglichen gemacht werden können [6].

2. daß die Ersitzung des Eigenthums und dinglicher Rechte an Immobilien theils ganz ausgeschlossen theils beschränkt ist [7].

II. Inhalt. Das deutsche Immobiliarsachenrecht unterschied sich seinem Inhalt nach in folgenden Punkten vom römischen Recht:

1. Eigenthümlich ist dem deutschen Recht die Unterscheidung der Immobilien nach den Standesverhältnissen der Eigenthümer. Nach älterem Recht fixirte sich nicht nur Freiheit und Unfreiheit der Eigenthümer an bestimmten Immobilien und blieb an diesen haften [8], sondern auch das Rechtsverhältniß des Fiskus und der Kirche war von dauerndem Einfluß auf die in der Hand dieser Institute befindlichen Grundbesitzungen. Zunächst in Consequenz der stän-

[4] So namentlich Commodat und Pacht oben § 84, 13.
[5] Vgl. oben § 84, 32—35.
[6] Vgl. oben § 84, 5.
[7] Vgl. unten § 249, 30.
[8] Vgl. Roth, Bayr. C.R. (2) § 50, 22; Stobbe, P.R. § 100, 9.

Digitized by Google

dischen Verfassung entwickelte sich in Deutschland der Begriff des Rittergutes oder adeligen Gutes als eines Objekts, mit welchem gewisse andern Grundbesitzungen nicht zukommende Vorrechte verbunden sind [9]. Den Gegensatz dazu bildete der bäuerliche Grundbesitz, nämlich der in gutsherrlichem Verband stehende und der von diesem befreite. Regelmäßig wurden davon noch städtische Grundbesitzungen als solche unterschieden, welche der städtischen Privilegien theilhaftig waren. Die neuere Gesetzgebung hat diese Verschiedenheiten größtentheils beseitigt.

2. Das ältere deutsche Recht hatte eine Gebundenheit des Grundbesitzes an die Familie in der Art ausgebildet, daß dem Eigenthümer die Verfügung über ererbte Immobilien entzogen war. Es trat dieß nicht nur im Erbrecht in dem Institut der Erbgüter und Stammgüter, sondern auch im Sachenrecht in der Beschränkung der Verfügung durch Veräußerung hervor, woraus sich dann später das Rechtsinstitut des Retrakts entwickelte. Dieß Unterscheidungsmerkmal ist jetzt so gut wie ganz verschwunden.

3. Die Begründung dinglicher Nutzungsrechte bis zu einem Umfang, daß für den Inhalt des Eigenthums nahezu kein Raum mehr blieb, war zwar nicht dem deutschen Recht eigenthümlich, da auch das römische Recht in der Emphyteusis und Superficies entsprechende Rechtsinstitute ausgebildet hatte, wohl aber tritt unterscheidend hervor, daß dieses Verhältniß als Theilung des Eigenthums aufgefaßt wurde, was sich zum Theil in unseren Landesrechten erhalten hat [10].

4. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß eine dingliche Belastung nicht in einer Leistung des Verpflichteten bestehen könne, ist in dem deutschen Recht nicht anerkannt, da hier bei dem Institut der Reallast die entgegengesetzte Rechtsregel von jeher Anerkennung gefunden hat [11].

B. Hinsichtlich der Mobilien unterschied sich das deutsche Recht von dem römischen Recht darin, daß nach dem Grundsatz Hand muß Hand wahren Mobilien die einem Contrahenten frei-

---

[9] Vgl. oben § 75, 27 und Roth, Bayr. C.R. (2) § 50, 25.
[10] Vgl. unten § 231.
[11] Vgl. unten § 284.

Digitized by Google

willig übertragen waren gegen einen Dritten, der sie von diesem erworben, nicht vindicirt werden konnten [12].

III. Mit der Ausbildung der Regalien, welche nicht vor dem 12. Jahrhundert beginnt, waren Beschränkungen des Inhalts des Eigenthums gegeben, die dem römischen Recht nicht bekannt waren und die sich bis in unsere Zeit erhalten haben.

Es ergiebt sich daraus, daß die Grundsätze des römischen Rechts im Sachenrecht in unseren Landesrechten sehr wesentlich modificirt sind.

Buch 1.

Die Rechte an Sachen im allgemeinen.

Caput 1.

Uebersicht der Rechte an Sachen.

§ 218.

Das Rechtsverhältniß an Sachen kann entweder auf thatsächliche Geltendmachung des Willens beschränkt sein (Besitz) oder es ist ein rechtlich begründetes (Rechte an Sachen, dingliche Rechte). Die Rechte an Sachen erstrecken sich entweder auf die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen oder nur auf einzelne derselben. Das Recht an der Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen ist das Eigenthum, welches dem Berechtigten die volle Herrschaft über die Sache gewährt soweit nicht nach der einen oder anderen Seite eine Beschränkung rechtlich begründet ist. Rechte an Sachen in einzelnen ihrer Beziehungen sind Rechte an fremden Sachen (dingliche Rechte) [1]. Diese geben entweder Anspruch nur auf die Nutzung der Sache (Gebrauchs- und Nutzungsrechte) oder sie gewähren Anspruch auf die Sache selbst (Substanzrechte).

---

[12] Vgl. unten § 262.

[1] Dieß bildet die Regel. Ausnahmsweise können solche Rechte auch an der eignen Sache begründet sein (Hartmann, Rechte an der eignen Sache 1877; Becker, allerlei von dinglichen Rechten Z. f. vgl. R.W. II. 51). Die wichtigsten Fälle sind das Servitutrecht des Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache und die Eigenthümerhypothek.

Digitized by Google

Caput 2.

Die Grundbuchs- und Hypothekenbuchsverfassung.

§ 219.

Allgemeines.

Abweichend von dem römischen Recht, welches den Eigenthumsübergang an Immobilien und die Begründung dinglicher Rechte daran nur den allgemeinen Grundsätzen des Eigenthumserwerbs und der Begründung dinglicher Rechte unterworfen hatte, hat das ältere deutsche Recht beide mit besonderen Formen umgeben, die sich im Lauf der Zeit zu der Grundbuch- und Hypothekenbuchverfassung entwickelten, die durch die Landesgesetzgebung in allen Theilen des Rechtsgebiets ausgebildet ist und die Eintragung der betreffenden Rechtsgeschäfte in öffentliche Bücher zur Grundlage hat. Die Gesetzgebungen verfolgen dabei zwei Richtungen, indem sie die Eigenthumsübertragung, Begründung dinglicher Rechte und Begründung von Pfandrechten an Immobilien von der Eintragung in das öffentliche Buch abhängig machen (Grundbuchsystem), oder indem sie die öffentlichen Bücher für die Begründung von Hypotheken bestimmen, und die Verhältnisse des Eigenthums und der anderen dinglichen Rechte nur zur Regelung der Beziehungen derselben zu den eingetragenen Hypotheken der Eintragung unterwerfen (Hypothekenbuchsystem, Transskriptionssystem). Die Darstellung hat demnach diese drei Systeme zu unterscheiden.

Die Gesetzgebung in den einzelnen Rechtsgebieten ist folgende [1]:

A. Deutsches Reich.

I. Königreich Preußen.

1. Herzogthum Lauenburg. Hier gilt gemeines Recht mit einer Verordnung zur Verbesserung des Hypothekenwesens 15/3 1836 und der Schuld- und Pfandprotokollordnung 26/5 1860. Off. W.Bl. Nr. 10 [2].

2. Herzogthum Nassau. Stockbuchgesetz 15/5 1851 mit Nach-

[1] Vgl. Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen 1869; Stobbe, P.R. § 109.

[2] Paulsen, P.R. § 218. 223; Mascher 188.

Digitized by Google

trägen 5/6 1852, 31/5 1854, 3/4 1868, 30/12 1875. Instruktion zum Stockbuchgesetz 31/5 1854; Pfandgesetz 15/5 1851 [3].

3. Stadt Frankfurt. V. 16/3 1820, 20/6 1834 und 19/9 1863 wegen der gerichtlichen Transskriptionen; 10/3 1825 Transskriptionen und Hypothekbestellungen auf dem Land; 10/1 1837 Rang der Gläubiger und Abschaffung der Generalhypotheken [4].

4. Amtsgericht Homburg. Contraktenreglement 29/11 1769 [5].

6. Bezirk der Amtsgerichte Vöhl, Biedenkopf, Battenberg und Gladenbach die großherzoglich hessischen Gesetze 2/12 1852 über Erwerbung des Grundeigenthums und 15/9 1858 das Pfandrecht [6].

7. Bezirk des A.G. Cöln. Hier gilt das Hypothekenrecht des Code civil mit einzelnen Specialgesetzen [7].

8. In allen übrigen Theilen des K. Preußen gilt das Eigenthumserwerbsgesetz (E.E.G.) 5/5 1872 mit der Grundbuchordnung (G.B.O.) 5/5 1872 [8] auf Grund folgender Einführungsgesetze:

a. für das Rechtsgebiet des Pr. L.R. mit dem 1. Okt. 1872 [9];

---

[3] Bertram, Nassauisches P.R. § 333—488.

[4] Frank, Uebersicht des Hypothekenwesens in Frankfurt 1837; Bender, P.R. § 63. 73—76; Mascher, Grundbuchwesen 208—225.

[5] Mascher 208.

[6] Vgl. über dieses unten Note 22. Es sind dieß die im Friedensvertrag 3/9 1866 abgetretenen G. Darmstädtischen Gebietstheile, in denen die Hessische Gesetzgebung erhalten geblieben ist, oben § 15 IV. In dem E.G. 29/5 1873 zu dem E.E.G. 5/5 1872 für den Bezirk des A.G. Cassel unten Note 14 sind diese Bezirke ausdrücklich eximirt.

[7] Vgl. unten Note 35. Ueber das hier geltende Hypothekenrecht vgl. Philippi, das Hypothekenrecht in der Rheinprovinz 1860; König, das Transskriptionsregister 1862; Gorius, das Privilegien- und Hypothekenrecht in der Preußischen Rheinprovinz in Puchelt H.R. II. 31—94.

[8] Ausgabe: Werner, die Preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze 1872; Bahlmann, das Preußische Grundbuchrecht (3) 1880; Turnau, die Grundbuchordnung (2) 1878; Achilles, die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht (3) 1881; Förster, Preußisches Grundbuchrecht 1872; Förster Eccius § 178, 198—300; Dernburg, P. P.R. I. § 190—206, 313—353; Dernburg und Hinrichs, das Preußische Hypothekenrecht I. 1877; Sammlung von Erörterungen aus dem Preußischen Grundbuchrecht 1876; Grundbuchcontroversen in Johow, Jahrb. V. 221. VI. 291; Abhandlungen aus dem Grundbuchrecht in Johow, Jahrb. VIII. 314. Weitere Literatur s. bei Achilles Ges. 69.

[9] E.E.G. § 72; Gr.B.O. § 143. Gleichzeitig wurden das Gesetz 5/5 1772

Digitized by Google

b. für das Jahdegebiet durch E.G. 23/3 1873 mit Nachtrag 3/2 1879 [10];

c. für Neuvorpommern und Rügen durch E.G. 26/5 1873 [11];

d. für Schleswig-Holstein durch E.G. 27/5 1873 [12];

e. für Hannover durch E.G. 28/5 1873 [13];

f. für den Bezirk des A.G. Cassel durch E.G. 29/5 1873 [14];

g. für den Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein durch E.G. 30/5 1873 [15];

h. für die Fürstenthümer Hohenzollern durch E.G. 31/5 1873 [16].

II. Bayern. Hier gilt:

über die Form der Verträge, durch welche Grundstücke zertheilt werden und das Gesetz 5/5 1872 betreffend die Stempelabgaben eingeführt. Achilles Ges. 563 f. Im Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts galt bis dahin die Allg. H.O. 20/12 1783 mit den Bestimmungen des P. L.R. I. 20. 1—535 und dem Gesetz 24/5 1853 einige Abänderungen die H.O. betr. Ausgaben: Koch, die allg. H.O. Berlin 1856; Förster, die A. H.O. von 1783 mit Nachträgen 1861. Ueber das ältere Preußische Hypothekenrecht vgl. Schmidt, Grundsätze des gemeinen und Preußischen Pfandrechts 1840; Bornemann, System IV. 167 f.; Koch, P. P.R. § 363—388.

[10] Bahlmann 499.

[11] Bahlmann 505. Hier, wo früher gemeines Recht galt, war ein Hyp.-Gesetz 21/3 1868 erlassen, das dadurch beseitigt ist.

[12] Bahlmann 517; Seestern Pauly, das Grundbuchrecht für die Provinz Schleswig-Holstein, Kiel 1874. Die vorher hier geltenden zahlreichen Hypothekenordnungen sind dort S. 238—254 aufgeführt.

[13] Bahlmann 528; Meyer, H., das Preußische Grundbuchrecht im gemeinrechtlichen Theil Hannovers 1873; Wedemeyer, die Gesetze über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover 1874. Ueber das früher hier geltende Recht vgl. Bar, das Hannöversche Hypothekenrecht nach dem Gesetz vom 14. Dez. 1864, Leipzig 1871; Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum 1843.

[14] Bahlmann 541; Seelig, das Gesetz über das Grundbuchwesen 1873; Platner, Sachenrecht § 18—25. § 39—48. Hier galt die Contraktenordnung von 1732 Platner, Sachenrecht § 17 und ein Hypothekengesetz 14/7 1853 Platner, Sachenrecht § 39. Die Einführung der Preußischen Grundbuchgesetze erstreckt sich auch auf die ehemaligen Bayrischen Gebietstheile dieses Bezirks oben § 15. V., in denen das Bayrische Hypothekenrecht galt.

[15] Bahlmann 554; Eisenhard, das Ges. 30/5 1873 das Grundbuchwesen im Justizsenat Ehrenbreitstein betreffend, 1875. Hier galt das Gesetz 2/2 1864 zur Verbesserung des Contrakten- und Hypothekenwesens, das dadurch beseitigt ist.

[16] Bahlmann 565. Hier galt ein Gesetz 24/4 1854 über Verbesserung des Unterpfandswesens, das dadurch beseitigt ist.

Digitized by Google

1. in den dießrheinischen Provinzen das H.G. 1/6 1822 und Prioritäts-O. 1/6 1823 mit Einführungsgesetz 1/6 1822; Ges. 1/7 1856 über Abänderung des § 19 der Pr.O.; A.G. 23/2 1879 zu C.P.O. Art. 27—23, 123—125; Subhastations-O. 23/2 1879 [17];

2. in der Pfalz das französische Hypothekenrecht mit einem Gesetz 16/5 1868 Abänderung einiger Bestimmungen desselben [18].

III. Sachsen. Hier gelten die Bestimmungen des B. G.B. § 369—504 und der V. 9/1 1865 und 3/8 1868 [19].

IV. Württemberg. Hier gelten das Pfandgesetz 15/4 1825; Prioritätsgesetz 15/4 1825; Ergänzungsgesetz zum Pfandgesetz 15/4 1825; Pfandentwicklungsgesetz 21/5 1828; Gesetz der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen 8/8 1879 [20].

V. Baden. Hier gilt das französische Hypothekenrecht in der Form des Badischen Landrechts und die Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher 23/4 1868; Ges. 28/6 1874 Vereinigung der Grund- und Unterpfandsbücher [21].

VII. Hessen-Darmstadt. Hier gelten:

1. in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen Ges. 21/2 1852 Erwerbung des Grundeigenthums; 21/2 1852 Instruktion für die Landgerichte; 15/9 1858 das Pfandrecht; 15/9 1858 Rangordnung der Pfandgläubiger; 19/1 1859 Verfahren in Hypothekensachen; 23/4 1859, 27/11 1860, 31/5 1861, 1/12 1861 Instruktion für die Landgerichte und Ortsgerichte; 12/8 1862 Beweis-

---

[17] Gönner, Commentar zum H.G. (2) 1868, 3 Bde.; Roth, Bayr. C.R. (1) § 181—197; Regelsberger, das Bayrische Hypothekenrecht 1874.

[18] Vgl. Thoma, das Privilegien- und Hypothekenrecht in der Bayrischen Pfalz in Puchelt H.R. II. 197—223.

[19] Siegmann, das k. sächsische Hypothekenrecht 1875; Siegmann, die k. sächsische Hypothekenordnung, Commentar zu den V. 9/1 1865 und 3/8 1868, Leipzig 1872. Hier galt das Gesetz 6/11 1843 die Grund- und Hypothekenbücher betr., das auch jetzt noch die Grundlage des sächsischen Hypothekenrechts bildet vgl. Heyne, Commentar 1845; Richter, die Grund- und Hypothekenbücher 1844; Siegmann, das k. sächsische Grund- und Hypothekenrecht, Leipzig 1861. Das sächsische H.G. 6/11 1843 ist im wesentlichen wiedergegeben in den H.G. von Sachsen-Altenburg unten Note 28, Reuß ä. L. unten Note 29 und Reuß j. L. unten Note 30, und so noch jetzt von praktischer Bedeutung.

[20] Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Unterpfandsrecht 1845; Römer, Unterpfandsrecht 1876; Lang, Sachenrecht § 53. 54. 163—208.

[21] Heinsheimer, das Badische Pfandrecht in Puchelt H.R. II. 95 f.

Digitized by Google

kraft der Grundbücher; 4/8 1871 Immobiliarveräußerungsverträge; 26/9 1873 Fortführung der Grundbücher [22].

2. In der Provinz Rheinhessen gilt das französische Hypothekenrecht mit folgenden Abänderungen: Ges. 29/10 1830 Anlegung von Grundbüchern; 5/8 1878 die Hypothekenämter in Rheinhessen; 6/6 1879 Uebertragung von Grundeigenthum und Fortführung der Grundbücher in Rheinhessen [23].

VIII. Mecklenburg-Schwerin und Strelitz. In Mecklenburg-Schwerin gelten folgende H.O.: Revidirte Stadtbuch-O. 21/12 1857 mit V. 21/3 1859 und 13/3 1869 Meibom H.R. § 2, 4—18; Revidirte H.O. für Landgüter 18/10 1848 Meibom H.R. § 2, 22—32; Domanial-H.O. für Schwerin 2/1 1854 mit V. 8/4 1869 Meibom H.R. § 2, 33—43; Revidirte H.O. für die Erbpachtstellen in den Klostergütern 8/12 1852 Meibom H.R. § 2, 44—47; H.O. der Stadt Rostock für den ländlichen Grundbesitz 8/6 1831 mit V. 22/3 1865 Meibom H.R. § 2, 49; H.O. für die Stadt Wismar 23/2 1838 mit V. 22/6 1861, 14/12 1863 und 27/6 1866 Meibom H.R. § 1, 82. § 2, 14; H.O. für die Erbpachtungen der Stadt Wismar 6/7 1839 mit V. 14/12 1863 und 27/7 1866 Meibom H.R. § 2, 52 [24].

In Mecklenburg-Strelitz gelten folgende H.O.: Revidirte Stadtbuchordnung 21/12 1857 (mit der Schwerinischen fast identisch) Meibom H.R. § 2, 19; Revidirte H.O. für Landgüter 18/10 1848 (gleichlautend mit der von Mecklenburg-Schwerin) Meibom H.R. § 2, 27; H.O. für die Grundstücke der ritterschaftlichen Hintersaßen 3/2 1855 Meibom H.R. § 3, 57; Rev. H.O. für den Privatgrundbesitz in den großherzoglichen Domänen und im Kabinetsamt 24/12 1872; Rev. H.O. für das Fürstenthum Ratzeburg 21/8 1859.

---

[22] Müller, W., die Ingrossation des Grundeigenthums 1855; Müller, W., das Pfandrecht nach dem Ges. 15/9 1858, Darmstadt 1871.

[23] Lippold, das Privilegien- und Hypothekenrecht in Rheinhessen in Puchelt H.R. II. 224 f. Die Angabe von Stobbe P.R. § 95, 3a, daß das Ges. 6/6 1879 sich der Preußischen Gesetzgebung angeschlossen habe, entbehrt der Begründung vgl. unten § 223, 17.

[24] Beseler, die gerichtliche Auflassung im mecklenburgischen H.R. Z. f. d. R. X. 150 f.; Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenburgischen rev. H.O. 1852; Meibom, mecklenburgisches H.R. 1871; Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 1877, 119 f.

Digitized by Google

IX. Großherzogthum Oldenburg. Hier gelten:

1. im Herzogthum Oldenburg E.E.G. 3/4 1876 mit Abänderung 6/1 1882; Gr.B.O. 3/4 1876; Einführungsgesetz 3/4 1876. Auf das Pfandrecht beziehen sich außerdem: Verpfändung von Schiffen und anderen beweglichen Sachen und Forderungen 3/4 1876; Sicherheitsleistung der Vormünder 3/4 1876; Ausführung der Zwangsvollstreckung durch Pfändung 3/4 1876; Abänderung des Ges. 24/3 1873 das eheliche Güterrecht betreffend 3/4 1876[25].

2. Im Fürstenthum Lübeck sind die vorstehend verzeichneten Gesetze durch folgende Gesetze eingeführt: E.E.G. 28/1 1877 XVII. 87, mit Abänderung 20/10 1879 XVII. 429 und 10/12 1881 XVII. 577; Gr.B.O. 28/1 1879 XVII. 107; Einführungsgesetz 28/1 1879 XVII. 148; Verpfändung beweglicher Sachen 28/1 1879 XVII. 164; Sicherheitsbestellung der Vormünder 28/1 1879 XVII. 169.

3. Im Fürstenthum Birkenfeld war die Oldenburgische H.O. 14/10 1814 durch V. 2/9 1817 eingeführt und ist durch V. 19/3 1879 IX. 83 umgestaltet. Außerdem bestehen die V. über Verpfändung beweglicher Sachen 19/3 1879 IX. 85 und über Sicherheitsbestellung der Vormünder 19/3 1879 IX. 90.

X. Herzogthum Braunschweig. Hier gelten: E.E.G. 8/3 1878; Gr.B.O. 8/3 1878; Gesetz der Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen 8/3 1878; Verpfändung beweglicher Sachen 8/3 1878; Einführungsgesetz zu den vorstehenden Gesetzen 8/3 1878; Erwerb von Grundeigenthum und Grunddienstbarkeiten bei Gemeinheitstheilungen 8/3 1870; Instruktion für die Geschäftsführung bei den Grundbuchämtern 26/4 1878[26].

XI. Sachsen-Weimar. Hier gelten: Ges. Verfahren bei Uebertragung von Immobilien 20/4 1833; Fortführung der Steuerkataster 11/3 1839; das Recht der Faustpfänder und Hypotheken 6/5 1839; Vorzugsrechte der Gläubiger 7/5 1839; Ausführungs-

[25] Beaulieu-Marconnaye, das Grundbuchrecht des H. Oldenburg 1876. E.E.G. und Gr.B.O. sind in der Hauptsache mit den Preußischen Grundbuchgesetzen identisch.

[26] Mannsfeld, die Grundbuchgesetzgebung des Herzogthums Braunschweig 1878. Die Braunschweigischen Grundbuchgesetze sind in der Hauptsache den Preußischen Grundbuchgesetzen nachgebildet vgl. unten § 220, 10.

Digitized by Google

gesetz 12/3 1841; Nachtrag zum H.G. 31/5 1847, 15/10 1853, 15/2 1865 [27].

XII. Sachsen-Meiningen. Hier gelten: Gesetz die Anlegung von Grundbüchern 15/7 1862 mit Revision 1/3 1865 und 7/11 1872; Gesetz die Bestellung von Hilfspfandrechten 2/5 1865; Instruktion für die Anlegung der Grundbücher 15/8 1872; Instruktion für die Anlegung der Hypothekenbücher 21/12 1873.

XIII. Sachsen-Altenburg. Hier gilt das Gesetz über Grund- und Hypothekenbücher 13/10 1852, mit Abänderung 20/4 1857 und 15/6 1861; Ausführungsverordnung 21/6 1855 mit Abänderung 12/2 1870 [28].

XIV. Sachsen-Coburg-Gotha. Hier gelten E.E.G. 1/3 1877 und Gr.B.O. 1/3 1877, die mit den Preußischen Grundbuchgesetzen fast identisch sind. Zu berücksichtigen sind dabei: Coburg Ges. 24/5 1860 Herstellung von Grund- und Hypothekenbüchern; V. 10/9 1860 Ausführungsverordnung dazu; Gotha Ges. 9/6 1859 Herstellung von Grund- und Hypothekenbüchern; 9/12 1859 Ausführungsverordnung dazu mit Zusatz 23/3 1866.

XV. Anhalt. Hier gilt das Gesetz 11/3 1877 die Einführung von Grundbüchern (G.B.G.).

XVI. Schwarzburg-Sondershausen. Hier galt das mit dem k. sächsischen H.G. 6/11 1843 fast identische H.G. 20/7 1857 mit Nachtrag 11/1 1872. Durch E.E.G. 2/8 1882, Gr.B.O. 2/8 1882 und Einführungsgesetz dazu 2/8 1882 sind die Preußischen Grundeigenthumsgesetze mit einigen Modifikationen eingeführt.

XVII. Schwarzburg-Rudolstadt. Hier gelten Ges. 6/6 1856 über Verbesserung des Hypothekenwesens; 6/6 1856 die gerichtliche Uebereignung unbeweglicher Sachen; 20/6 1856 Ausführungsverordnung dazu.

XVIII. Reuß ä. L. Hier gilt das Gesetz die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend 27/2 1873 mit Ausführungsgesetz 13/6 1873; Gesetz über Erwerb von Grundbesitz 29/8 1873; Gesetz die Aufhebung stillschweigender Pfand-

---

[27] Völker, P.R. § 117. 143—160.

[28] Die Altenburgische H.O. ist fast ganz identisch mit dem k. sächsischen H.G. 6/11 1843 oben Note 19.

Digitized by Google

rechte an Mobilien 2/1 1874; Interpretation des H.G. 28/2 1874; Nachtragsgesetz zum H.G. 27/2 1875 und 16/12 1876 [29].

XIX. Reuß j. L. Hier gilt das H.G. 20/11 1858 mit Nachtragsgesetz 4/7 1870; Ausführungsverordnung 22/11 1858; Zwangsvollstreckung in Immobilien 19/9 1879 [30].

XX. Lippe-Schaumburg. Hier galt eine V. 24/10 1812 die Confirmation der Contrakte und Ingrossation der Hypotheken; 24/2 1823 Bestätigung der Kaufcontrakte über Immobilien; 4/3 1870 das Eigenthum an Grundstücken übertragende Verträge; 12/5 1882 Unzuläßigkeit der Bestellung von Privathypotheken an unbeweglichen Sachen. Durch Gesetz 26/8 1884 sind die Preußischen Grundbuchgesetze fast unverändert eingeführt und es sind zu diesem Behuf erlassen: E.E.G. 26/8 1884; Gr.B.O. 26/8 1884; Einführungsgesetz 26/8 1884.

XXI. Lippe-Detmold. Hier galt eine H.O. 21/3 1771 II. 398, mit Ergänzung durch V. 26/1 1841 VIII. 523. Dann das Gesetz 28/3 1864 196 die Uebertragung des Grundeigenthums. Durch E.E.G. 27/7 1882 507. Gr.B.O. 27/7 1882 581. und Einführungsgesetz 27/7 1882 553. sind die Preußischen Grundbuchgesetze fast unverändert eingeführt [31].

XXII. Waldeck. Hier galt ein Hypothekengesetz 8/6 1863. Durch Einführungsgesetz 25/1 1881 7. sind die Preußischen Grundbuchgesetze eingeführt.

XXIII. Lübeck. Hier war für Lübeck und Travemünde die Stadtbuchordnung 6/6 1818 mit Abänderung 22/7 1868, für das Landgebiet die Hypothekenordnung 22/3 1820 mit Abänderung 22/17 1868 bestimmend. Die Hypothekenordnung 11/5 1880 hat das Hypothekenwesen für das ganze Rechtsgebiet einheitlich geregelt [32].

XXIV. Bremen. Hier gilt die revidirte Erb- und Handfeste-

---

[29] Das H.G. für Reuß ä. L. ist ganz der Altenburgischen H.O. oben Note 28 nachgebildet.

[30] Das H.G. für Reuß j. L. ist ganz der Altenburgischen H.O. oben Note 28 nachgebildet.

[31] Die Bestimmungen des Ges. 23/3 1864 über gerichtlichen Abschluß der Veräußerungsverträge sind dabei aufrecht erhalten Lippe E.E.G. § 2.

[32] Ueber die Entwicklung der Lübischen Gesetzgebung im Hypothekenwesen vgl. Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 1877.

Digitized by Google

ordnung 30/7 1860 mit Abänderung 21/9 1879, 23/12 1879 und 16/11 1880 [33].

XXV. Hamburg. Hier gilt das Gesetz über Grundeigenthum und Hypotheken 4/12 1868 mit Einführungsgesetz 28/7 1869 [34].

XXVI. Elsaß-Lothringen. Hier gilt das Hypothekenrecht des Code civil in seiner Gestaltung nach der neuesten französischen Gesetzgebung [35].

B. Oesterreich.

Hier gelten die Bestimmungen des A. B. G.B. § 431—471 und das Grundbuchgesetz 25/7 1871 mit der Vollzugsvorschrift 12/1 1872 [36].

Titel I.

Die Grund- und Hypothekenbücher des deutschen Rechts.

Abschnitt 1.

Die Grundbücher des Grundbuchsystems.

§ 220.

Die Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher der einzelnen Landesrechte, welche das Grundbuchsystem angenommen haben, ist folgende:

[33] Vgl. Gildemeister, Beiträge zur Kenntniß des vaterländischen Rechts 1790; Gildemeister, zwei Abhandlungen aus dem Handfesten- und Pfandrecht der Reichsstadt Bremen 1794; Heineken, die Bremischen Einrichtungen zur Beförderung des Credits A. f. C.Pr. XXXII. 83; Höpken, das Bremische Pfandrecht an liegendem Gut Bremisches Jahrbuch VII. 184; Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 109—119; Post P.R. II. 1. § 75—87, III. § 54—64.

[34] Ueber das frühere Recht vgl. Gries, die Hamburgischen Stadt-Erbe- und Rentebücher 1830; (Bornemann,) über das Hypothekenwesen der Stadt Hamburg Pr. Justiz-Min.Bl. 1848 33 f.; Baumeister, P.R. § 19. 20: Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 1877.

[35] Vgl. Dreyer, das Hypotheken- und Privilegienrecht im Reichslande Elsaß-Lothringen in Puchelt H.R. II. 3—30. Ueber das französische Hypothekenrecht vgl. Zachariä § 256—295; Aubry § 256—295; Puchelt, das Rheinisch-französische Privilegien- und Hypothekenrecht 1876.

[36] Vgl. Strohal, zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien 1870; Exner, das Publicitätsprincip 1870; Exner, das Institut der Pfandrechtspränotation 1868; Exner, das Oesterreichische Hypothekenrecht 1876. 1881; Schiffner, die allgemeinen Lehren des materiellen Grundbuchrechts 1879; Randa, Eigenthumsrecht § 17—24; Fuchs, Sammlung von Entscheidungen in Grundbuchsachen 1882.

Digitized by Google

A. Deutsches Reich.

I. Preußen. 1. Rechtsgebiet des E.E.G. 5/5 1872 und der Gr.B.O. 5/5 1872 [1]. Das Preußische Grundbuch wird nach Realfolien (Formular I. III) oder Personalfolien (Formular II) geführt. Bei Führung nach Realfolien (Formular I) wird für alle in dem Amtsbezirk gelegenen selbstständigen Grundstücke [2], dann Bergwerke und selbstständige Gerechtigkeiten [3] ein Grundbuchblatt angelegt, so daß die Grundbuchblätter sich nach der Reihenfolge der selbstständigen Grundstücke folgen; auf Antrag des Eigenthümers können jedoch alle demselben Eigenthümer im Bezirk des Grundbuchamtes zustehenden Grundstücke und Gutscomplexe auf einem Grundbuchblatt vereinigt werden [4]. Das Grundbuchblatt besteht aus einem Titel und drei Abtheilungen. Der Titel enthält in zwei Spalten die Gutsbeschreibung und die Abschreibungen [5]. Die erste Abtheilung wird in drei Spalten geführt. In Spalte 1 wird eingetragen der Eigenthümer, in Spalte 2 das Datum der Auflassung und Eintragung, die Vermerke über Zuschreibungen und auf Antrag des Eigenthümers der Erwerbsgrund, in Spalte 3 auf Antrag des Eigenthümers der Erwerbspreis, die Schätzung des Werths und die Feuerversicherungssumme [6]. Abtheilung 2 wird in drei Spalten geführt. In Spalte 1 werden eingetragen dauernde Lasten und wiederkehrende Geld- und Naturalleistungen, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, dann die Beschränkungen des Eigenthums- und Verfügungsrechts; in Spalte 2 die Veränderungen und in Spalte 3 die Löschungen an den Einträgen

---

[1] Diese gelten in den oben § 219 I. 8 aufgeführten Landestheilen und dem F. Waldeck oben § 219 XXII. Ueber die Grundbuchverfassung des Preußischen Rechts vgl. Dernburg-Hinrichs, H.R. § 9. Die Pr. Gr.B.O. hat die äußere Einrichtung der Hypothekenbücher der H.O. von 1783 mit den unten Note 9 aufgeführten Modifikationen beibehalten.

[2] Gr.B.O. § 1. Für Grundstücke des Staats, der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, dann Eisenbahnen und öffentliche Wege wird ein Folium nur im Fall der Veräußerung oder Belastung oder auf Antrag angelegt Gr.B.O. § 2; vgl. Deruburg-Hinrichs § 16 Nr. 3.

[3] E.E.G. § 68. 69; Gr.B.O. § 9; Dernburg-Hinrichs § 16 Nr. 1. 2.

[4] Gr.B.O. § 13; Ausführungsverfügung 2/9 1872 § 4.

[5] Gr.B.O. § 8. 9; Dernburg, P. P.R. 1. § 194.

[6] Gr.B.O. § 10; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 1.

Digitized by Google

in Spalte 1 [7]. Die Abtheilung 3 wird in 3 Hauptspalten geführt. In Spalte 1 werden die Hypotheken- und Grundschulden, in Spalte 2 die Veränderungen und in Spalte 3 die Löschungen eingetragen [8].

Nach Ermessen des Grundbuchamts kann jedoch das Grundbuch auch nach Personalfolien geführt werden (Formular II). Hiernach erhält jeder Eigenthümer einen Artikel, unter welchem sämmtliche ihm zugehörige Grundstücke, ihre Steuerverhältnisse, ihre dinglichen Belastungen und deren Veränderungen eingetragen werden. Die Artikel bestehen aus einem Titel und drei Abtheilungen. In dem Titel steht der Name des Eigenthümers. In Abtheilung 1 stehen die einzelnen Grundstücke nach fortlaufenden Nummern eingetragen mit Beschreibung, Angabe des Reinertrags, Zeit und Grund des Erwerbs, des Erwerbspreises, des Werths und der Versicherungssumme und der Abschreibungen. Die Abtheilungen 2 und 3 werden wie bei Formular I geführt [9].

Mit den Preußischen Grundbuchgesetzen stimmen die Grundbuchgesetze von Oldenburg mit Fürstenthum Lübeck (oben § 219 IX), Braunschweig (oben § 219 X), Coburg-Gotha (oben § 219 XIV), Sondershausen (oben § 219 XVI), Lippe-Detmold (oben § 219 XXI) und Lippe-Schaumburg (oben § 219 XX) in der Hauptsache überein, so daß die Preußischen Grundbuchgesetze als in diesen Rechtsgebieten eingeführt angesehen werden können [10].

---

[7] Gr.B.O. § 11; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 2.

[8] Gr.B.O. § 12. 13; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 3.

[9] Gr.B.O. § 6, 14—16, 62; Dernburg, P. P.R. I. § 195, 5.

[10] Das Formular II findet sich nur in der Gr.B.O. für Sondershausen § 13 ff., nicht aber in den anderen den Preußischen nachgebildeten Gesetzen. Das Braunschweigische Grundbuchgesetz hat zwar auch zwei Formulare, aber beide sind Realfolien Instruktion der Geschäftsführung bei den Grundbuchämtern 26/4 1878 § 13. Die Grundbuchgesetze von Braunschweig und Schwarzburg-Sondershausen haben die Grundschuld nicht aufgenommen. Das Lippe-Schaumburgische E.E.G. hat die Eigenthümerhypothek verworfen und läßt nur die Eigenthümergrundschuld zu. In Coburg-Gotha ist die Einrichtung der Grundbücher nach den V. 10/9 1860 für Coburg und 9/12 1859 und 23/3 1866 für Gotha für fortbestehend erklärt Gr.B.O. 1/3 1877 § 1. Dagegen entbehrt die Angabe von Stobbe, P.R. § 95, 3a, daß auch das Darmstädtische Gesetz 6/6 1879 hieher zu rechnen sei, der Begründung. Dieses nur für Rheinhessen erlassene Gesetz regelt nur die Führung der Grundbücher nach den schon früher hier geltenden Principien des im übrigen Theil des Großherzogthums

Digitized by Google

2. Nassau. In dem ehemaligen Herzogthum Nassau gilt das Stockbuchgesetz 5/5 1851 und das Gesetz 15/5 1851 das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger betreffend. Das Stockbuch wird nach Personenfolien geführt. Für jeden Gemeindebezirk wird ein Stockbuch angelegt, in welchem jeder in dem Gemeindebezirk befindliche Eigenthümer in alphabetischer Reihenfolge einen Artikel erhält. Es wird in tabellarischer Form in der Art geführt, daß auf zwei gegenüberstehenden Seiten die Einträge in 9 Columnen erfolgen. Die Ueberschrift enthält den Namen des Eigenthümers und die Nummer des Artikels, Columne 1 die Numerirung im Stockbuch, Columne 2 den Flächengehalt, Columne 3 die Steuerverhältnisse, Columne 4 die Beschreibung der Liegenschaft, Columne 5 die Art der Erwerbung, Columne 6 die Eigenthumsbeschränkungen und Lasten, Columne 7 den Zehnt- und Gültablösungsbetrag, Columne 8 die auf dem Immobile haftenden Pfandrechte und Löschungen, Columne 9 Abschreibungen [11]. Der Bestand des Gesetzes ist durch die neue Preußische Gesetzgebung nicht berührt [12].

II. Königreich Sachsen. Im Königreich Sachsen ist die Errichtung der Hypothekenbücher durch das H.G. 6/11 1843 erfolgt und es ist diese Einrichtung bei Bestand geblieben und durch die Bestimmungen der provisorischen Gerichtsordnung 9/1 1865 § 83—232 ergänzt [13]. Die Bestimmungen des H.G. 6/11 1843 sind fast unverändert in die H.O. 13/10 1852 für Sachsen-Altenburg, 20/11 1858 für Reuß j. L. und 27/2 1873 für Reuß ä. L. übergegangen, so daß die Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher in diesen vier Staaten die gleiche ist. Die Sächsischen

---

geltenden Rechts. In Rheinhessen gilt noch französisches Hypothekenrecht vgl. oben § 219, 23. Ich werde in der nachfolgenden Darstellung die Landesrechte, welche die Preußischen Grundbuchgesetze eingeführt haben, nur da besonders citiren, wo für sie Abweichungen von dem Preußischen Recht zu constatiren sind; im übrigen gelten die Citate aus den Preußischen Gesetzen auch für sie.

[11] Vgl. Bertram, P.R. § 391—494; Recken, das Nassauische Grundbuchsystem in D. Gerichtszeitung 1865, 126.

[12] Bertram, P.R. § 128. Seit der Durchführung des Stockbuchgesetzes ist die Eigenthumsübertragung und die Bestellung dinglicher Rechte von der Eintragung im Stockbuch bedingt. Stockbuchgesetz § 8; Bertram, P.R. § 138.

[13] Vgl. Siegmann H.O. 4.

Digitized by Google

Hypothekenbücher werden nach Grundstücken geführt. Jedes selbstständige [14] Grundstück der betreffenden Abtheilung des Hypothekenbezirks erhält ein Folium mit 3 Rubriken. Rubrik I erhält als Ueberschrift die Grundbuchsnummer, dann die Beschreibung des Grundstücks, die besondere Eigenschaft desselben die eine Beschränkung des jedesmaligen Besitzers in der Verfügung zur Folge hat (Lehen), die eintragsfähigen Reallasten, den Taxwerth und alle daran sich ergebenden Veränderungen [15]. Rubrik II unter der Ueberschrift „Besitzer" enthält die Bezeichnung des Eigenthümers, den Besitztitel, den Kaufpreis, die Dispositionsbeschränkungen die nicht auf einer besonderen rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks oder in allgemeinen persönlichen Eigenschaften des Eigenthümers sondern auf einem besondern Rechtstitel beruhen, und alle daran sich ergebenden Veränderungen [16]. Rubrik III mit der Ueberschrift Schulden enthält die auf dem Grundstück zu versichernden Forderungen mit Einschluß des Auszugs der Leibrente und des eisernen Capitals, Nebenbestimmungen die auf den Rang der Forderung von Einfluß sind, alle Veränderungen die sich daran ergeben und die Dispositionsbeschränkungen des Gläubigers [17]. Nach dem Sächsischen Recht können Eigenthum und dingliche Rechte nur durch Eintragung in das Grundbuch erworben werden [18].

III. Hessen-Darmstadt. In den Provinzen Starkenburg und Oberhessen werden die Grundbücher getrennt von den Hypothekenbüchern geführt. Das Grundbuch besteht aus dem Mutationsverzeichniß und dem Grundbuch. In jeder Gemarkung wird ein Mutationsverzeichniß mit Anhang angelegt; in ersterem werden

[14] In Sachsen kann nach G.O. 1865 § 206 der Eigenthümer mehrerer unter derselben Grund- und Hypothekenbehörde gelegenen Grundstücke dieselben auf einem Folium vereinigen.

[15] Sachsen G.O. § 114, 123—132; Siegmann H.O. 96; Altenburg H.O. § 172—174; Reuß j. L. H.O. § 171—173; Reuß ä. L. H.O. § 170—171.

[16] Sachsen G.O. § 30, 133—136; Siegmann H.O. 101; Altenburg H.O. § 175—179; Reuß j. L. H.O. § 174—178; Reuß ä. L. H.O. § 172—177.

[17] Sachsen G.O. § 30, 137—139; Siegmann H.O. 104; Altenburg H.O. § 180—189; Reuß j. L. H.O. § 179—188; Reuß ä. L. H.O. § 178—189.

[18] Sachsen B.G.B. § 276. 387. 505. 661; Altenburg H.O. § 2. 3; Reuß j. L. H.O. § 2. 3; Reuß ä. L. H.O. § 2—4. Es erstreckt sich dieß jedoch nicht auf Grunddienstbarkeiten Siegmann H.O. 11.

Digitized by Google

die Eigenthumswechsel, in letzterem die Eigenthumstitel der Fälle in denen kein Eigenthumswechsel stattgefunden hat eingetragen; beide werden chronologisch geführt und halbjährig abgeschlossen [19]. Das aus dem Mutationsverzeichniß herzustellende Grundbuch enthält auf der linken Seite die Bezeichnung der Grundstücke, den bisherigen Besitzer und die Angaben über Obereigenthums- und Fideicommißverhältnisse, auf der rechten Seite den neuen Erwerber, Rechtsgrund und Zeit der Erwerbung, Angabe der Grundrenten und Bezugnahme auf das Hypothekenbuch [20]. Die Erwerbung des Grundeigenthums durch Uebertragung sowie die Begründung von Familienfideicommissen setzt Eintragung in das Mutationsverzeichniß und Grundbuch voraus [21]. Das Hypothekenbuch wird für jede Gemarkung geführt. Die Führung liegt den Ortsgerichten ob, die jedoch hinsichtlich der Eintragungen nur die Weisungen des Landgerichts zu befolgen haben [22]. Die Einträge werden in chronologischer Reihenfolge gemacht und ein Register darüber geführt [23]. Die Einschreibung enthält das Datum der Verfügung, Bezeichnung des Schuldners und Gläubigers, den Betrag der Forderung, den Rechtsgrund, Ort und Datum der dem Eintrag zu Grund liegenden Urkunde und die Art des zu vollziehenden Eintrags.

IV. Mecklenburg-Schwerin und Strelitz. Nach der R.St.B.O. 21/12 1857 wird für städtische Grundstücke ein Stadtbuch nach Realfolien geführt, wobei jedes selbstständige Grundstück ein Folium erhält [24]. Das Folium zerfällt in 3 Rubriken. Rubrik I ist zur Eintragung des Eigenthümers bestimmt; Rubrik II dient zur Eintragung der privatrechtlichen Beschränkungen des Eigenthums, namentlich der Fideicommißqualität, Unveräußerlichkeit, Unverschuldbarkeit und des Vorkaufsrechts, dann der Realservituten und der auf ein Grundstück gelegten beständig wiederkehrenden Geld- und Naturalabgaben, deren Ablösbarkeit nicht ausbedungen ist. In die Rubrik III gehören Hypotheken, Real-

[19] Müller, Ingrossation § 45 I. § 46.
[20] Müller, Ingrossation § 47.
[21] Müller, Ingrossation § 9. 71. 77.
[22] V. 19/1 1859 Art. 1. 2.
[23] Instruktion für die Ortsgerichte 1/12 1861 § 4. 6.
[24] S. Formular 1 zur Instruktion 23/4 1859.

Digitized by Google

lasten von nicht beständiger Dauer und ablösbare Reallasten [25]. Die Hypothekenbücher für den ländlichen Grundbesitz mit Ausnahme der Landgüter und der Erbpachtstellen auf den Klostergütern werden in Mecklenburg-Schwerin in drei, in Mecklenburg-Strelitz in zwei Abtheilungen geführt, wobei die Zuschreibung des Erbpachtrechts im Hypothekenbuch die Bedeutung der Verlassung hat [26].

V. Sachsen-Weimar. Hier werden die Grundbücher und Hypothekenbücher getrennt geführt. Die Grundbücher (Steuerkataster) dienen nur zur Constatirung der Eigenthumsverhältnisse bei Uebertragungen und anderen Veränderungen an Immobilien. Jeder Eigenthumsübergang muß in dem Steuerkataster eingetragen werden [27]. Die Umschreibung erfolgt auf Grund einer gerichtlichen Uebereignungsurkunde [28], welche bei freiwilliger Veräußerung einen gerichtlich bestätigten Vertrag voraussetzt [29]. Die gerichtliche Uebereignung kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechte dritter Personen geschehen [30]. Die Uebereignung mit Vorbehalt tritt dann ein, wenn das Eigenthum des Veräußernden oder Erblassers den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend nicht nachgewiesen werden kann [31]; sie kann aber im Wege des Ediktalverfahrens in Uebereignung ohne Vorbehalt verwandelt werden [32]. Die Uebereignung ohne Vorbehalt bewirkt Uebergang des Eigenthums und Ausschließung aller im Hypothekenbuch nicht eingetragenen Ansprüche Dritter [33]. Die Hypothekenbücher werden nach dem Pf.G. 6/5 1839 entweder nach Personalfolien oder nach Realfolien geführt [34]. Die Personalhypothekenbücher haben zwei Ru-

---

[25] R.St.B.O. §. 1. 2; Meibom H.R. § 7 I.

[26] Meibom H.R. § 7 III.

[27] Gesetz der Fortführung der Steuerkataster 11/5 1839 § 1.

[28] Gesetz 11/5 1839 § 1. Ueber das Verfahren vgl. A.G. zum Pf.G. § 150–184.

[29] Ges. 20/4 1833 § 1.

[30] Ges. 20/4 1833 § 2.

[31] A.G. zum Pf.G. § 152. 160—162.

[32] Ges. 5/5 1869 Beseitigung des Vorbehalts besserer Rechte bei Grundstücksübereignungen mit Nachtrag 5/7 1870.

[33] Pf.G. § 133.

[34] Pf.G. § 201. Die Personalhypothekenbücher sollen jedoch überall wo es thunlich ist in Realhypothekenbücher umgewandelt werden.

Digitized by Google

briken, deren erste für die Bezeichnung der Person gegen deren Grundeigenthum Rechte eingetragen werden sollen und deren zweite für die Einzeichnungen wegen Vormerkung, Eintragung, Uebertragung und Löschung von Hypotheken bestimmt ist[35]. Die Realhypothekenbücher haben drei Rubriken[36]; die erste enthält die grundbuchmäßige Bezeichnung und wenn nöthig nähere Beschreibung des Gegenstandes[37]; die zweite enthält die Bezeichnung des Besitzers, Angabe seines Besitztitels, und bei Lehen und Fideicommissen der Successionsberechtigten[38]; in die dritte Rubrik gehören die Eintragungen der Rechte die nach dem H.G. der Eintragung bedürfen, nämlich der Eigenthumsansprüche des Lehens- und Fideicommißverbandes der Nutzungsrechte und der Hypotheken[39].

VI. Sachsen-Meiningen. Hier werden die Grund- und Hypothekenbücher gesondert geführt. Die Grundbücher werden entweder nach den Personen der Eigenthümer oder nach Grundstücken geführt[40]. In die Grundbücher werden eingetragen der Uebergang des Eigenthums bei Immobilien, das Rechtsverhältniß des getheilten oder beschränkten Eigenthums, die auf Privatwillkür beruhenden Personalservituten und die diesen ähnlichen vorübergehenden Lasten[41]. Die Eintragung in das Grundbuch ist für das Eigenthum und die dinglichen Rechte entscheidend[42]. Die Hypothekenbücher werden nach Grundstücken oder Personen geführt und dienen nur zur Eintragung der Pfandrechte[43].

VII. Anhalt. Nach dem Gesetz 11/3 1877 werden Grundbücher mit Realfolien geführt. Die Grundbücher haben drei Ru-

---

[35] A.G. zum Pf.G. § 90. 96.

[36] Im ganzen ist bei den Realhypothekenbüchern die Einrichtung der Bayrischen Hypothekenbücher maßgebend gewesen.

[37] A.G. zum Pf.G. § 47—50.

[38] A.G. zum Pf.G. § 55—63.

[39] A.G. zum Pf.G. § 64—78.

[40] Ges. 2/5 1865 § 6. Das Ges. 15/7 1862 Art. 33 hatte Führung der Grundbücher nur nach Realfolien vorgeschrieben.

[41] Ges. 15/7 1862 Art. 1.

[42] Ges. 15/7 1862 Art. 2.

[43] Ges. 15/7 1862 Art. 33. Nach der Instruktion für Anlegung der Hypothekenbücher § 6 werden die Hypothekenbücher jedoch nach den Personen der Eigenthümer der Hypothekſachen geordnet.

Digitized by Google

briken, deren erste die Gutsbeschreibung, den Eigenthümer, den Rechtsgrund der Erwerbung, den Erwerbspreis und die Abschreibungen, die zweite die dinglichen Lasten und Beschränkungen und die dritte die Hypotheken, ihre Cessionen und Löschungen enthält [44]. Für den Erwerb des Grundeigenthums und den Erwerb dinglicher Rechte ist die Eintragung in das Grundbuch entscheidend [45].

VIII. Schwarzburg-Rudolstadt. Nach dem Gesetz 6/6 1856 wird das Eigenthum einer unbeweglichen Sache nur durch gerichtliche Zuschreibung erworben, die auf Grund eines richterlich geprüften Erwerbstitels, eines Erbezeugnisses oder eines richterlichen Erkenntnisses erfolgt [46]. Die Zuschreibung erfolgt durch eine Uebereignungsurkunde [47]. Grundbücher werden nicht geführt. Für die Begründung von Hypotheken, Eigenthumsvorbehalten, Auszug, Leibrente oder eisernes Capital [48] werden nach dem H.G. 1856 Hypothekenbücher mit Personalfolien geführt [49]. Jedes Folium hat zwei Rubriken, in deren erste der Besitzer eingetragen wird [50]; die zweite Rubrik dient zur Aufnahme der zur Eintragung geeigneten dinglichen Rechte und der sich daran ergebenden Veränderungen [51].

IX. Hamburg [52]. In Hamburg bestehen für die Uebertragung des Eigenthums und dingliche Belastung desselben s. g. Consensbücher, nämlich das Grundbuch (Erbebuch) und das Rentebuch. In das Grundbuch werden die Besitzveränderungen, in das Schuld- und Rentebuch die einzuschreibenden Forderungen eingetragen, und beides wird in dem nach Grundstücken geführten

[44] Ges. 11/3 1877 § 13—18.

[45] Ges. 11/3 1877 § 2.

[46] E.Ü. Ges. 6/6 1856 § 1. 4—9.

[47] E.Ü. Ges. 6/6 1856 § 3. 12.

[48] H.G. 6/6 1856 § 3.

[49] A.V. zum H.G. 20/6 1856 § 10.

[50] A.V. zum H.G. 20/6 1856 § 20. 21.

[51] A.V. zum H.G. 20/6 1856 § 23—34.

[52] Durch H.O. 4/12 1868 § 1 ist die bis dahin geltende Verfassung aufgehoben. Ueber das früher geltende Recht vgl. (Bornemann) über das Hypothekenwesen der Stadt Hamburg Pr. Just.Min.Bl. 1848, 33; Baumeister P.R. § 19. 20. 28 und die § 20, 1 angeführte Literatur; Boor, über das Hamburgische Hypothekenwesen 1860; Lührssen, der Stadt Hamburg Erbe- und Rentebuch 1860. Das Gesetz 4/12 1868 hat an der Einrichtung des Grundbuchs nichts geändert.

Digitized by Google

Hauptbuch zusammengefaßt [53], aus welchem demnach wie in unseren Grundbüchern der Bestand der Eigenthumsverhältnisse und der dinglichen Belastung ersichtlich ist. In dem Hauptbuch wird jedem Grundstück ein Folium gegeben, dessen erste Seite die Beschreibung des Grundstücks und die Angabe des Eigenthümers enthält; auf den drei folgenden Seiten werden die auf dem Grundstück inskribirten Renten und Capitalien eingetragen [54]. Die Eintragungen in das Hauptbuch sind nur Uebertragungen aus den Grundbüchern und Rentebüchern mit Beziehung auf diese [55]. Das Grundbuch und Rentebuch wird chronologisch geführt [56] und enthält die Verhandlungen über die Umschreibung der Grundstücke und die Einschreibung der Hypotheken. Der Uebergang des Eigenthums und die Begründung dinglicher Lasten erfolgt nach Hamburger Recht ausschließlich durch Inskription [57].

X. Lübeck [58]. In Lübeck ist durch die Stadtbuchordnung 11/5 1880 das Hypothekenwesen einheitlich geregelt. Es werden fünf Hypothekenbücher geführt, das obere Stadtbuch für die Grundstücke zu vollem Eigenthum und das niedere Stadtbuch für Grundstücke zu beschränktem Eigenthum der Stadt, die Hypothekenbücher für die Landbezirke, die Wette-, Zuschrifts- und Verpfändungsbücher für Flußfahrzeuge und für Häuser und Fischereien in Schlatup und das Travemünder Stadtbuch [59]. Jedes Grundstück, welches ein für sich bestehendes Ganzes bildet, hat ein Folium, in dem die Gutsbeschreibung, die Bezeichnung des Eigenthümers und die pfandrechtliche Belastung eingetragen ist [60]. Der Eigenthumsübergang [61] sowie die dingliche Belastung [62] setzt Eintragung in das Stadtbuch voraus.

---

[53] Baumeister, P.R. § 28 I d.

[54] Baumeister, P.R. § 28, 12; Bornemann S. 33.

[55] Baumeister, P.R. § 28, 11.

[56] Baumeister, P.R. § 28, 6. 10.

[57] H.G. 4/12 1868 § 6. 28.

[58] In Lübeck war früher für die Stadt und Travemünde die Stadtbuchordnung 6/6 1818, für das Gebiet die Stadtbuchordnung 22/8 1820 maßgebend vgl. Bericht des Obergerichts 14/10 1865 die Reform des Hypothekenwesens betreffend in Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 90—136.

[59] St.B.O. § 1.

[60] St.B.O. § 4.

[61] St.B.O. § 14. 17. 29. Die früher für Eigenthumsübertragung vor-

Digitized by Google

XI. Bremen[63]. Hier gilt die Revidirte Handfesteordnung 30/7 1860[64], mit Abänderung 21/9 1879, 23/12 1879 und 16/11 1880. Es werden weder Grundbücher noch Hypothekenbücher geführt, die Uebertragung von Grundeigenthum erfolgt vielmehr nur durch öffentlichen Verkauf oder Lassung[65], die Verpfändung durch Ausstellung der dem Bremer Recht eigenthümlichen Handfesten[66], welche auf Verlangen des Gläubigers in das Eintragebuch des Handfestenamtes eingetragen werden, was jedoch nicht die Bedeutung einer Begründung des Rechts hat, sondern nur die Erwirkung possessorischer Vortheile bezweckt[67].

B. Oesterreich[68].

Nach dem Oesterreichischen Gr.B.G. 25/7 1871 bestehen für diejenigen Landestheile, in welchen dasselbe Geltung hat, für die Eintragung des Eigenthumserwerbs und die dingliche Belastung Grundbücher[69]. Das Grundbuch, auch Hauptbuch genannt, welches nach Realfolien (Einlagen)[70] geführt wird, enthält für jedes selbstständige Immobile drei Abtheilungen (Blätter), nämlich

I. das Gutsbestandsblatt (Besitzblatt). Dieses enthält:

1. die Gutsbeschreibung mit Angabe der Bestandtheile[71] und der daran sich vollziehenden Veränderungen[72];

---

geschriebene Verlassung wurde durch V. 22/7 1868 beseitigt. Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 104, 18.

[62] St.V.O. § 14. 17. 29. Auch für diese war die jetzt beseitigte Verlassung vorgeschrieben.

[63] Vgl. Post, P.R. II. 1. § 75—86, III. § 54—65; Heimken, die Bremischen Einrichtungen zur Beförderung des Credits A. f. O.Pr. XXXII. 83; Höpken, das Bremische Pfandrecht an liegendem Gut in Bremisches Jahrbuch VII. 184; Bericht des O.G. Lübeck in Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 107—119.

[64] Sie trat an die Stelle der Handfesteordnung 19/12 1833.

[65] E. und H.F.O. § 10. Das in E. und H.F.O. 1833 § 65 in Aussicht genommene Erbebuch ist nicht zur Ausführung gekommen und die E. und H.F.O. von 1860 hat keine darauf bezügliche Bestimmung aufgenommen.

[66] E. u. H.F.O. § 78.

[67] Post, P.R. III. § 63.

[68] Vgl. Exner, H.R. 14—32; Randa, E. § 20.

[69] Daneben bestehen besondere Bergbücher nach dem Berggesetz 23/6 1854 und besondere Eisenbahnbücher Exner, H.R. 20, 21; Randa, Eigenthumsrecht § 20 S. 420 f.

[70] Exner, H.R. 17, 36; Randa, E. § 20, 10.

[71] Exner, H.R. 18, 41; Randa, E. § 20 S. 410.

Digitized by Google

2. die Bezeichnung der besonderen Qualität des Objekts (Lehen, Fideicommißgut);

3. die dem Objekt zustehenden Realberechtigungen [73].

II. Das Eigenthumsblatt enthält:

1. die Eigenthumsverhältnisse, also die Einträge, die sich auf den Eigenthümer, die Uebertragungen des Eigenthums und die Quotenverhältnisse bei Miteigenthum beziehen;

2. die Dispositionsbeschränkungen, denen der eingetragene Eigenthümer objektiv oder subjektiv unterworfen ist, d. h. aus Gründen, die jeden Eigenthümer betreffen oder die nur für seine Person eine Verfügungsbeschränkung bewirken [74].

III. Das Lastenblatt [75]. Dieses enthält:

1. alle den Grundbuchskörper belastenden dinglichen Rechte mit den an ihnen erworbenen derivativen Rechten mit allen Rechtsveränderungen, namentlich also die Hypotheken;

2. die Wiederkaufs-, Vorkaufs- und Bestandrechte, soweit sie eingetragen werden;

3. die objektiven Dispositionsbeschränkungen.

Die Einträge werden auf jedem Hauptbuchblatt in chronologischer Reihenfolge durch Querlinien geschieden eingetragen, wobei jeder Eintrag jedes Blattes für dieses eine fortlaufende Nummer erhält (Postzahl).

Abschnitt 2.

Die Hypothekenbücher des Hypothekenbuchsystems.

§ 221.

Diese finden sich in folgenden Landesrechten:

I. Bayern. Nach dem Bayrischen Hypothekengesetz 1/6 1822

[73] Gr.B.G. § 74; Randa, E. § 20, 27.

[74] Randa, E. § 20, 29; Exner, H.R. 19, 44. Prädialservituten werden nicht nur auf dem Lastenblatt des dienenden, sondern auch auf dem Gutsbestandblatt des herrschenden Grundstücks eingetragen.

[74] Exner, H.R. 19, 46; Randa, E. § 20 S. 416. Diese auf persönlichen Verhältnissen z. B. Minderjährigkeit beruhenden Beschränkungen werden nach andern Hypothekengesetzen nicht eingetragen.

[75] Exner, H.R. 19, 47; Randa, Eigenthumsrecht § 20 S 418.

Digitized by Google

werden die Hypothekenbücher nach Grundstücken geführt [1]. Die Eröffnung eines Foliums erfolgt nur auf Antrag des Eigenthümers oder bei Anmeldung von Rechten, die eingetragen werden sollen [2]. Jedes Folium hat drei Rubriken. Die erste Rubrik dient zur Einschreibung des Hypothekenobjekts; es werden eingetragen die Gutsbeschreibung, die Eigenschaft der Sache die zu Beschränkungen Veranlassung giebt, der Werth, der Betrag der Brandversicherung, und die auf einem speciellen Titel beruhenden Reallasten, dann die an diesen Einträgen sich ergebenden Veränderungen [3]. Die zweite Rubrik mit der Ueberschrift: Besitzer, Besitztitel und Beschränkungen dient zur Evidenthaltung der Dispositionsbefugniß des Eigenthümers in Hypothekensachen. Es wird hier eingetragen der Name des Eigenthümers, der Rechtsgrund des Eigenthumsübergangs, die auf einem besonderen Rechtstitel beruhenden Dispositionsbeschränkungen und alle Veränderungen daran [4]. Die dritte Rubrik mit der Ueberschrift: Hypotheken, deren Cessionen und Löschungen, dient zur Eintragung der Hypotheken. Für diese ist wesentlich Angabe der Forderung unter Aufführung des Rechtstitels, des Rangverhältnisses, der solidarischen Mithaftung anderer Hypothekenobjekte und auf Verlangen der Vereinbarung über Aufkündigung und Rückzahlung, der Veränderungen in der Person des Gläubigers und der Dispositionsbeschränkungen des Gläubigers hinsichtlich der Forderung [5].

Nach Bayrischem Recht beschränkt sich die Publicität auf die Eintragungen in der dritten Rubrik, während die Eintragungen in der ersten und zweiten Rubrik nur als Behelfe des Bestandes und der Rangbestimmung der Hypotheken erscheinen und nur in dieser Eigenschaft an den Wirkungen der Publicität theilnehmen [6].

---

[1] Ueber die Einrichtung der Bayrischen Hypothekenbücher vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 183; Regelsberger, H.R. § 13—18.

[2] Roth, Bayr. C.R. (1) § 183, 9; Regelsberger, H.R. § 12. I. 1.

[3] H.G. § 130—135; Roth, Bayr. C.R. (1) § 183, 11; Regelsberger, H.R § 16.

[4] H.G. § 136—143; Roth, Bayr. C.R. (1) § 183, 37 f.; Regelsberger, H.R. § 17.

[5] H.G. § 144—167; Roth, Bayr. C.R. (1) § 183, 78; Regelsberger, H.R. § 18.

[6] Roth, Bayr. C.R. (1) § 185, 4; Regelsberger, H.R. § 12. I. 2.

Digitized by Google

II. Württemberg[7]. In Württemberg ist die Buchführung für die Gutsbeschreibung getrennt von der für die Hypothekbestellung; für die erstere dienen die Güterbücher, für die letztere die Pfandbücher.

1. Die Güterbücher[8]. Diese werden für die nicht exemten Grundstücke jeder Gemeinde nach Personennamen geführt. Jeder in der Gemeinde ansäßige Eigenthümer erhält ein Folium, auf welchem die ihm gehörigen Grundstücke mit ihrer Beschreibung unter Angabe der Steuer- und Brandversicherungsverhältnisse, der darauf ruhenden Lasten und der damit verbundenen Rechte eingetragen werden. Die Servituten werden in einem besonderen Beilagebuch, dem Servitutenbuch, verzeichnet. Neben den Güterbüchern werden Vertragsbücher geführt, in welchen alle Verträge über Veräußerungen von Liegenschaften und Bestellung dinglicher Rechte daran eingetragen werden; die Eintragung erfolgt in chronologischer Ordnung. Für die exemten Grundstücke, nämlich die Staats- und Hofdomänen und die immatrikulirten standesherrschaftlichen und ritterschaftlichen Güter vertritt das Vertragsbuch die Stelle des Güterbuchs[9]. Die Eintragung in das Vertragsbuch ist nicht entscheidend für den Uebergang des Eigenthums oder die Entstehung des dinglichen Rechts, sondern sie dient nur wenn sie die Erfordernisse einer Beweisurkunde erfüllt zum Nachweis des Vertragsabschlusses[10], und hat die Wirkung einer Rechtsverwahrung[11]. Dagegen kommt der Eintragung in das Güterbuch die Wirkung der Publicität hinsichtlich der darauf sich stützenden Eintragungen in das Unterpfandsbuch zu[12].

2. Die Unterpfandsbücher[13]. Diese werden nach Personal-

[7] Vgl. Wächter, Württ. P.R. II. § 56; Römer, H.R. § 4 u. 20.

[8] Württemberg Pf.G. Art. 56—60; V. 3/12 1833 und 18/9 1844 Anlegung der Gemeindegüterbücher; Ges. 13/4 1873 Führung der Güterbücher. Römer, H.R. § 4. I.

[9] Römer, H.R. § 4, 5. Für die exemten Güter sollten die Güterbücher von den Civilsenaten der Appellationsgerichte geführt werden, was jedoch nicht zur Ausführung kam.

[10] Wächter, W. P.R. II. § 56, 25.

[11] Wächter, W. P.R. II. § 56, 26.

[12] Pf.G. Art. 56; Wächter, W. P.R. II. § 57, 7; Wächter, Erörterungen I. 218; Lang, Sachenrecht § 171, 19.

[13] Ueber die Einrichtung und Führung der Unterpfandsbücher vgl. Lang, Sachenrecht § 173; Römer, H.R. § 18.

Digitized by Google

folien geführt. Für jeden im Güterbuch eingetragenen Eigenthümer wird ein Folium angelegt, wenn ein ihn betreffender Eintrag zu machen ist [14], und diesem sein Name als Aufschrift gegeben [15]. Hier werden auf dem einen Theil der Doppelseite die Unterpfänder und andere auf ein Gut sich beziehende Ansprüche, auf der anderen Verwahrungen, Löschungen und andere Veränderungen eingetragen [16].

III. Mecklenburg-Schwerin und Strelitz. Nach der R. H.O. für Landgüter 18/10 1848 wird für jedes Landgut, welches im Hufencataster als Hauptgut aufgeführt steht und das sich im Besitz von Privatpersonen befindet, ein Hypothekenbuch geführt [17]. Dasselbe besteht aus drei Abtheilungen. Abtheilung 1 enthält die Gutsbeschreibung, nämlich die Bestandtheile desselben nach dem Kataster, die Angabe der Gutsqualität, der Eigenthumsbeschränkungen, insofern sie auf die Hypothekbestellung von Einfluß sind, privatrechtliche Eigenthumsbelastungen (Erbpachtverhältnisse, Realservituten, Reallasten, Erbpachterlegnisse) [18]. Abtheilung 2 dient zur Angabe des Eigenthümers und Abtheilung 3 zur Eintragung der Hypotheken, Personalservituten und nicht dauernden Reallasten [19]. Nach der R. R.H.O. hat die Eintragung in das Hypothekenbuch die Wirkung der vollen Publicität nur für die in Abtheilung 3 aufgeführten Belastungen, namentlich hat die Eintragung des Eigenthümers in der zweiten Abtheilung nicht die Bedeutung der Verlassung [20].

IV. Frankfurt [21]. In Frankfurt werden die Transskrip-

---

[14] Pf.G. Art. 159.

[15] Lang, Sachenrecht § 173, 11.

[16] Lang, Sachenrecht § 173, 15.

[17] R. R.H.O. § 1.

[18] R. R.H.O. § 2—8; Meibom, H.R. § 7, 20—42.

[19] R. R.H.O. § 9. 10; Meibom, H.R. § 7, 43—49.

[20] R. R.H.O. § 9.

[21] Das ältere auf den Bestimmungen der Reformation beruhende Recht wurde mit Einführung des Code civil beseitigt und durch das französische Transskriptionssystem ersetzt, dieses aber mit Beseitigung der französischen Gesetzgebung wieder aufgehoben. Bender, P.R. § 63. Das gegenwärtig geltende Recht, welches die Grundlagen des älteren Rechts beibehalten hat, beruht auf dem Transskriptionsgesetz 16/3 1820 und seinen Ergänzungen.

Digitized by Google

tionsregister [22] von den Hypothekenbüchern getrennt geführt. Zu den Transskriptionsregistern sind bei Vermeidung einer Geldstrafe von 1/8 % des Werths alle Besitzveränderungen unbeweglicher Güter und diesen gleichstehender Rechte innerhalb 4 Wochen nach Abschluß des Vertrags anzumelden [23]; die Eintragung ist jedoch nicht bestimmend für den Eigenthumsübergang [24], sondern für die mit der Währschaft verbundene Extraktivverjährung von Jahr und Tag [25] und dient als Legitimation für die Hypothekbestellung [26]. Bei der Verpfändung von Immobilien werden besondere Hypothekenbücher geführt [27].

Abschnitt 3.

Die Führung der Grund- und Hypothekenbücher [1].

§ 222.

Für die Führung der Grund- und Hypothekenbücher gelten folgende Grundsätze:

A. Die Competenz.

Nach den deutschen Grundbuchgesetzen werden die Grundbücher und Hypothekenbücher des Grundbuchsystems fast durchgängig ver-

---

[22] Für diese sind die Formulare der französischen Transskriptionsregister beibehalten Bender, P.R. § 63.

[23] Transskriptionsgesetz 16/3 1820 Art. 4.

[24] Bender, P.R. § 64, 2. Stobbe, Auflassung in Ihering, Jahrbuch XII. 230, 249. Der Eigenthumsübergang richtet sich für Immobilien ganz nach gemeinem Recht Bender, P.R. § 63 Nr. 5.

[25] Transskriptionsgesetz 16/3 1820 Art. 19 Nr. 1.

[26] Transskriptionsgesetz 16/3 1820 Art. 19 Nr. 2.

[27] Bender, P.R. § 76; Frank, Hypothekenwesen § 104—159.

[1] Ueber die Führung der Grund- und Hypothekenbücher vgl. Preußen Förster, Eccius § 53; Dernburg, P. P.R. § 193—205; Dernburg-Hinrichs, § 9—15. Bayern Regelsberger, H.R. § 22—36. Sachsen Siegmann, H.R. § 2. 3. Württemberg Römer, H.R. § 20. Hessen Müller, Ingrossation 181 bis 212; Müller, Pfandrecht 127—135. Mecklenburg Meibom, H.R. § 9. Oesterreich Exner, H.R. S. 26; Randa, Eigenthumsrecht § 22—24. Ich gebe hier die Darstellung für die Hypothekenbücher des Grundbuchsystems und des Hypothekenbuchsystems vereinigt.

Digitized by Google

einigt und von denselben Behörden geführt [2], und es ist die Führung als ein Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Amtsgerichten übertragen [3]. Der gleiche Grundsatz gilt im Gebiet des Hypothekenbuchsystems in Bayern [4], während in Württemberg die Güterbücher getrennt von den Pfandbüchern von den Gemeinderäthen geführt werden, und nur für exemte Grundstücke die Competenz der Landgerichte begründet ist [5]. Gegen Verfügungen in Grundbuchsachen ist die Beschwerde an das vorgesetzte Obergericht gegeben, regelmäßig also an das vorgesetzte Landgericht [6]. Der Grundbuchrichter ist den Betheiligten für seine Geschäftsführung haftbar. Der Umfang der Haftung ist verschieden bestimmt. Gemeinrechtlich wird angenommen, daß sie sich auf Verletzung durch Arglist oder grobe Fahrläßigkeit beschränke [7], und es ist dieß in

---

[2] Eine Ausnahme ist nur gegeben in Nassau, Großherzogthum Hessen, Sachsen-Weimar und Sachsen-Meiningen, wo die Grundbücher äußerlich getrennt von den Hypothekenbüchern geführt werden. In Schwarzburg-Rudolstadt und Bremen werden keine Grundbücher geführt.

[3] In Hessen werden die Mutationsverzeichnisse von den Amtsgerichten, die Hypothekenbücher von den Ortsgerichten nach Anweisung der Amtsgerichte geführt A.G. zum G.B.G. 3/9 1878 Art. 6. 13 Nr. 5. In Mecklenburg sind die Buchbehörden nach den verschiedenen Güterarten verschieden A.G. zum G.B.G. 17/5 1879 § 50. In Hamburg und Lübeck bestehen besondere Hypothekenämter. In den übrigen Rechtsgebieten ist die Competenz der Amtsgerichte begründet. In Oesterreich sind theils die Gerichtshöfe erster Instanz theils die Bezirksgerichte competent Randa, Eigenthumsrecht § 24.

[4] A.G. zum G.B.G. 23/2 1879 Art. 8. 15. Regelsberger, H.R. § 22.

[5] Vgl. oben § 221, II. In Württemberg sind nur für exemte Grundstücke die Landgerichte competent, für die übrigen werden die Güterbücher und Unterpfandsbücher von den Gemeinderäthen geführt A.G. zum G.B.G. 24/1 1879 Art. 6. 7. 9; Pf.G. 25/4 1875 § 136; Römer, H.R. § 4, 2 und § 20; Lang, Sachenrecht § 174.

[6] So namentlich in Preußen Dernburg, P. P.R. I. § 193, 4 und Bayern A.G. zum G.B.G. 23/2 1879 Art. 27. Eine Ausnahme ist begründet nach Württembergischem Recht, nach welchem die Berufung an die Amtsgerichte geht A.G. zum G.B.G. Art. 2 und 3, 1; Lang, Sachenrecht § 174, 57; nach Sachsen A.G. zum G.B.G. § 9 und Oldenburg A.G. Art. 10 § 2 geht die Berufung an das Oberlandesgericht; nach Mecklenburg A.G. § 64 an das Ministerium; nach Hamburg Ges. 25/7 1879 § 7 und Lübeck A.G. § 50 an den Senat. In Oesterreich geht der Rekurs an den Gerichtshof zweiter Instanz Gr.B.G. § 126 Exner, H.R. 31, 84.

[7] Windscheid § 470, 1; Sintenis § 125 III. Dafür entscheidet sich auch Erk. Darmstadt 13/12 1859 A. f. R.W. IX. 107. Die gemeinrechtlichen Grund-

Digitized by Google

dem Sächsischen und Nassauischen Recht angenommen [8]. Dagegen ist nach den anderen Rechten die Haftung für jedes Versehen gegeben [9]. Nach einem Theil der Rechte ist die Haftung nur subsidiär gegeben, wenn der Beschädigte nicht von anderer Seite Ersatz hat erlangen können [10]; nach einem anderen Theil haftet der Richter primär [11]. Soweit der Beschädigte von dem regreßpflichtigen Grundbuchrichter nicht voll befriedigt werden kann, haftet

---

sätze kommen nur in Hessen-Darmstadt zur Anwendung, dessen Pfandgesetz keine Bestimmungen enthält. Müller, Pf.R. § 101, 8.

[8] Sachsen B.G.B. § 1506 macht den Richter für den Schaden verantwortlich, den er durch absichtliche Verschuldung oder grobe Fahrlässigkeit in Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit angerichtet hat. Nach Nassau Ges. 15/5 1851 § 13 haften die Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Feldgerichte für den absichtlich oder durch grobes Verschulden bei Führung der Stockbücher und Pfandbücher verursachten Schaden.

[9] Pr. Gr.B.O. § 29; Oldenburg Gr.B.O. § 19; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 16; Braunschweig Gr.B.O. § 3; Detmold Gr.B. § 18; Sondershausen Gr.B.O. § 28; Anhalt Gr.B.G. § 41; Hamburg H.O. § 47; Württemberg Pf.G. Art. 223. Römer, Pf.R. § 20, 15; Weimar Pf.G. § 344; Altenburg H.O. § 140; Reuß ä. u. j. L. H.O. § 139; Rudolstadt H.O. § 93; Meiningen Gr.B.G. Art. 29. Dieß gilt auch nach Mecklenburgischem Recht s. den Nachweis bei Meibom, H.R. § 8, 54—58. Nach Oesterreich Ges. 12/7 1872 § 1 haftet der richterliche Beamte für Schaden, den er durch Uebertretung seiner Amtspflicht bewirkt hat, also auch für Versehen Exner, H.R. § 24, 64. Das gleiche ist nach Bayrischem Recht anzunehmen, da nach G.O. 1753 XVI. § 3 Nr. 1, deren dauernde Geltung durch A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 81 ausgesprochen ist, die Syndikatsklage gegen den Richter auch wegen Verschuldens gegeben ist Seuffert, Commentar IV. 230, 2. Ich kann demnach der Meinung von Regelsberger, H.R. § 23, 2, daß sich in Bayern die Grundlage der Syndikatsklage nach dem an jedem Ort geltenden Civilrecht richte, nicht beistimmen, vielmehr ist für diese die Bestimmung der G.O. 1753 maßgebend. Das Bayrische H.G. § 100 schließt indessen die civilrechtliche Verantwortlichkeit in bestimmt bezeichneten Fällen aus.

[10] Pr. Gr.B.O. § 29; Oldenburg Gr.B.O. § 19; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 16; Braunschweig Gr.B.O. § 3; Detmold Gr.B.O. § 18; Sondershausen Gr.B.O. § 28; Anhalt Gr.B.G. § 41; Württemberg Pf.G. Art. 225. Römer, H.R. § 20, 17; Mecklenburg Meibom, H.R. § 8, 59; Weimar Pf.G. § 351; Meiningen Gr.B.G. Art. 29; Sachsen B.G.B. § 1506. Bestritten ist dieß nach Bayrischem Recht. Für die Subsidiarität erklären sich Kreittmayr, Anm. d zu G.O. XVI. 3 und Seuffert, Commentar IV. 231, 5; dagegen Erk. München 25/1 1869 Bl. XXXIV. 198.

[11] Altenburg H.O. § 140; Reuß ä. und j. L. § 139; Rudolstadt Pf.G. Art. 93; Hamburg H.O. § 47; Lübeck Ges. 16/6 1879 § 8.

Digitized by Google

nach einem Theil der Landesgesetze der Staat [12]; nach einem anderen Theil haftet der Staat primär [13], und nach einzelnen Landesgesetzen ist gleichzeitige Haftung beider gegeben [14]. In mehreren Landesgesetzen ist eine Haftung des Staats nicht anerkannt [15].

B. Das Verfahren.

Für das Verfahren gelten folgende Grundsätze:

I. Die Verfügung in Grundbuch- und Hypothekensachen ist ein Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit [16]; die Grundbuch- und Hypothekenämter handeln daher zunächst nur auf Antrag der Betheiligten [17] oder auf Requisition einer competenten Behörde [18].

---

[12] Pr. Gr.B.O. § 29; Oldenburg Gr.B.O. § 19; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 16; Braunschweig Gr.B.O. § 3; Detmold Gr.B.O. § 18. 19; Sondershausen Gr.B.O. § 28; Anhalt Gr.B.G. § 41; Hamburg H.O. § 47. Nach der Mecklenburgischen H.O. haften nach Verschiedenheit der Buchbehörden der Staat, die Stadt und das Kloster Meibom, H.R. § 8, 62–64. Nach Bayrischem Recht ist die subsidiäre Haftpflicht des Staats anerkannt Gönner, Commentar II. 48; Regelsberger, H.R. § 23, 9; Erk. München 7/4 1858 Bl. XXXIII. 174. Mehrere der hiehergehörigen Gesetze bestimmen, daß die Klage gegen den Grundbuchrichter in 3 Jahren von der Kenntniß des Schadens an verjährt, während es nach 30 Jahren auf diese Kenntniß nicht ankommt E.G. für Neuvorpommern § 25; E.G. für Schleswig-Holstein § 47; E.G. für Hannover § 23; E.G. für Ehrenbreitstein § 9; E.G. für Waldeck § 31; Oldenburg Gr.B.O. § 19; Braunschweig Gr.B.O. § 3; Detmold Gr.B.O. § 20; Anhalt Gr.B.G. § 41. Sondershausen Gr.B.O. § 28 hat eine zweijährige Verjährungszeit.

[13] Altenburg H.O. § 141; Reuß ä. u. j. L. § 141; Weimar Pf.G. § 355; Rudolstadt H.O. § 93.

[14] Nach Oesterreich Ges. 12/7 1872 § 1 kann die Klage gegen den Beamten oder gegen den Staat oder gegen beide zugleich gestellt werden, und beide haften sammtverbindlich Randa, Eigenthumsrecht § 24, 6. Nach Meiningen Pf.G. Art. 29 hat der Kläger die Wahl, ob er gegen den Beamten oder gegen den Staat die Klage stellen wolle. In Sachsen haftet nach Reskript 18/10 1796 der Staat neben dem Beamten principaliter Siebenhaar, P.R. 718, 2.

[15] In Württemberg, Nassau und Darmstadt haftet der Staat nicht.

[16] Dernburg, P. P.R. I. § 205; Regelsberger, H.R. § 22, I; Sachsen G.O. § 89; Rudolstadt E.G. § 6; Altenburg H.O. § 133; Reuß ä. L. H.O. § 132; Reuß j. L. H.O. § 131.

[17] Pr. G.B.O. § 30; Bayern H.G. § 96; Sachsen G.O. § 92; Altenburg und beide Reuß H.O. § 16; Anhalt Gr.B.G. § 22; Württemberg Pf.G. § 172. 195. Römer, Pf.R. § 20 Nr. 1.

Digitized by Google

Nur ausnahmsweise sind sie befugt von Amtswegen zu verfahren [19].

II. Berechtigt eine Einschreibung zu beantragen ist nach den Gesetzen von Hamburg, Lübeck und Mecklenburg nur derjenige, zu dessen Nachtheil die Einschreibung gereicht (der Passivbetheiligte) [20], nach den anderen Rechten jeder Betheiligte, also auch derjenige, dem das Recht erworben werden soll [21]. Ist der Passivbetheiligte durch ein rechtskräftiges Erkenntniß verurtheilt die Eintragung zu bewilligen, so ist immer der Berechtigte befugt die Eintragung zu beantragen [22]. Nach einzelnen Landesrechten sind in bestimmten Fällen auch dritte Personen antragsberechtigt für denjenigen, für den ein Recht erworben werden soll [23].

III. Die Anträge können nach der H.O. von Hamburg nur mündlich [24], nach den übrigen Landesrechten können sie mündlich oder schriftlich gestellt werden [25]. Mündliche Erklärungen sind von

[18] Pr. G.B.O. § 41. Dernburg-Hinrichs § 11, 5; Sachsen G.O. § 92; Altenburg und beide Reuß H.O. § 16; Bayern H.G. § 96; Anhalt Gr.B.G. § 22; Meibom, H.R. § 9, 46.

[19] Pr. Gr.B.O. § 30. Förster, G.B.R. 58; Dernburg-Hinrichs § 11, 2; Sachsen G.O. § 93; Altenburg und beide Reuß H.O. § 17; Mecklenburgische H.O. bei Meibom H.R. § 16, 29; Darmstadt Müller, Ingrossation § 50 und Pfandrecht § 43; Anhalt Gr.B.G. § 43; Württemberg Pf.G. Art. 153; Oesterreich Exner, H.R. § 26, 69. Die Fälle, in welchen nach diesen Landesgesetzen der Grundbuchrichter von Amtswegen zu verfahren hat, werden unten bei den einzelnen Rechtsverhältnissen aufgeführt werden.

[20] Hamburg H.O. § 4; Lübeck H.O. § 17; Mecklenburg Meibom, H.R. § 9, 14.

[21] Allgemein ist dieß ausgesprochen Bayern H.G. § 96; Württemberg Pf.G. Art. 151. 173; Sachsen G.O. § 92; Altenburg und beide Reuß H.O. § 17; Anhalt G.B.G. § 23. Den gleichen Standpunkt nimmt für die Einträge in die zweite Abtheilung ein Pr. E.E.G. § 13. Ob dieß nach Preußischem Recht auch für die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden gelte, ist bestritten, ist aber richtiger zu bejahen vgl. unten § 305, II. In Oesterreich werden die Anträge gewöhnlich von denjenigen gestellt, welche das Recht erwerben, sie können aber auch von den Passivbetheiligten ausgehen Exner, H.R. § 30, 77 und § 26, 4.

[22] Pr. E.E.G. § 14 und § 19, 2; Dernburg-Hinrichs § 11, 4; Anhalt Gr.B.G. § 23, 2b; Hamburg H.O. § 4; Lübeck H.O. § 17.

[23] Vgl. z. B. Bayr. H.R. § 16, 7—10; Regelsberger, H.R. § 24, 5 f. und unten § 305 II.

[24] Hamburg H.O. § 49.

[25] Pr. Gr.B.O. § 41; Bayern H.G. § 101; Württemberg Pf.G. Art. 163; Weimar Pf.G. § 215; Rudolstadt H.O. § 56; Reuß ä. L. H.O. § 143. Nach

Digitized by Google

dem Grundbuchrichter zu Protokoll zu nehmen [26]. Mehrere Landesrechte schreiben die Beglaubigung schriftlicher Anträge vor, wenn dieselben nicht in der Form öffentlicher Urkunden abgegeben werden [27].

IV. Der Antrag kann sich auf eine Eintragung oder eine Löschung beziehen. Eintragung ist die Einschreibung in das Grundbuch, durch welche bestimmte auf das betreffende Objekt bezügliche Rechte geschaffen werden. Sie kann sich beziehen auf die Bestandtheile und Pertinenzen des Objekts, die Uebertragung oder Umschreibung des Eigenthums daran, die Begründung dauernder Belastungen und die Umschreibung derselben auf einen neuen Erwerber [28]. Löschung ist die Eintragung, durch welche eine Eintragung in das Grundbuch ihre Wirksamkeit verliert. Sie erfolgt entweder direkt durch Eintragung der Löschung oder indirekt durch Einschreibung einer Thatsache, welche das Aufhören der bisherigen Eintragung von selbst zur Folge hat [29].

V. Zur Vorbereitung der Eintragung oder Löschung dient die Vormerkung [30]. Ihr Zweck ist ein doppelter. Es sollen da-

---

Sachsen G.O. § 168, Altenburg H.O. § 144 und Reuß j. L. H.O. § 143 können Anträge bei den Oberbehörden nur schriftlich, bei den Unterbehörden auch mündlich gestellt werden. Nach Oesterreich Gr.B.G. § 83 können die Gesuche bei den Gerichtshöfen nur schriftlich, bei den Einzelgerichten auch mündlich angebracht werden.

[26] Pr. Gr.B.O. § 32; Bayern H.G. § 101; Sachsen G.O. § 168; Württemberg Pf.G. Art. 163.

[27] Mehrere Landesrechte schreiben die Vorlage gerichtlicher Urkunden allgemein vor, so Bayern Notariatsgesetz 10/11 1861 Art. 14; Sachsen G.O. 1865 § 170; Altenburg H.O. § 146; Reuß ä. u. j. L. H.O. § 145; Meiningen Gr.B.G. Art. 31; Rudolstadt H.O. § 58. Nach Pr. Gr.B.O. § 33 müssen schriftliche zu einer Eintragung oder Löschung erforderliche Anträge gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein Dernburg P. P.R. I. § 197, 6, 7. Nach Mecklenburgischem Recht reicht die Vorlage von Privaturkunden hin Meibom, H.R. § 9, 44. Nach Oesterreichischem Recht können die Anträge mit öffentlichen oder Privaturkunden belegt werden Gr.B.G. § 31.

[28] Dernburg, P. P.R. I. § 196a; Randa, Eigenthumsrecht § 22, 1; Meibom, H.R. § 9. I.

[29] Pr. Gr.B.O. § 92. 93; Dernburg, P. P.R. I. § 196b; Sachsen G.O. § 166. 167.

[30] Ueber Vormerkungen vgl. Prinz, Einfluß der Hypothekenbuchverfassung auf das Sachenrecht insbesondere die Lehre von den Protestationen, Berlin 1858; Heyne, Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrecht

Digitized by Google

durch dingliche Rechte, deren Eintragung vorläufig noch nicht ausführbar ist, gesichert (protestatio pro conservando jure et loco) und Einwendungen gegen Einträge gegen die Wirkung der Oeffentlichkeit sichergestellt werden (protestationes pro conservandis exceptionibus). Für die Behandlung der Vormerkungen finden sich in unseren Landesrechten drei Systeme:

1. Das Consensprincip. Nach den H.O. von Hamburg [31], Lübeck [32] und der Mecklenburgischen H.O. [33] können Vormerkungen nur auf Antrag der Passivbetheiligten oder auf Grund eines gerichtlichen Urtheils eingetragen werden. Die Vormerkungen hindern so lange sie bestehen jede entgegenstehende Eintragung [34]; ihre Tilgung setzt Zustimmung desjenigen voraus, welchem dadurch Rechte erworben sind [35].

2. Eintragung auf richterliche Verfügung. Nach Preußischem Recht [36] kann eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung mit Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers eingeschrieben werden [37]. Außerdem setzt die Eintragung einer Vor-

---

1847, 48—81; Stobbe, P.R. § 110 Nr. 7. Früher wurden auch Arrestvermerke und Dispositionsbeschränkungen (protestatio de non amplius intabulando) hieher gerechnet, allein es entbehrt dieß der Begründung, da dabei der Zweck, eine künftige Eintragung vorzubereiten, mangelt. Dernburg, P. P.R. I. § 204, 3; Regelsberger, H.R. §§65 Nr. 7. Früher war nach Vorgang der Preußischen H.O. die Bezeichnung Protestation gewöhnlich, hier wird die neuerdings von der Preußischen Gesetzgebung angenommene Bezeichnung Vormerkung gebraucht.

[31] Die Vormerkungen sind hier als Clauseln bezeichnet Hamburg H.O. § 19. 21. 27. vgl. Bornemann im Pr. Just.Min.Bl. 1848, 42. 43; Baumeister, P.R. § 30.

[32] Sie heißen hier Noten Lübeck H.O. § 49—55.

[33] Sie heißen hier Verwillkürungen nnd gerichtliche Inhibitionen Meibom, H.R. § 12. Unter Vormerkung werden nach Mecklenburgischem Hypothekenrecht Einträge verstanden, welche die Buchbehörde amtlich bezeugt, Meibom, H.R. § 9, 6a.

[34] Hamburg H.O. § 22; Lübeck H.O. § 52.

[35] Hamburg H.O. § 23; Lübeck H.O. § 53; Meibom, H.R. § 12, 14.

[36] Vgl. Dernburg-Hinrichs § 27; Förster, Gr.B.R. § 5; Förster Eccius § 23, 53; Stritzki bei Gruchot XVII. 733; Jäckel bei Gruchot XVIII. 41; Rosenbaum bei Gruchot XXI. 801; Achilles bei Johow Jahrb. VIII. 314. In der Hauptsache stimmt mit dem Preußischen Recht Anhalt Gr.B.G. 11/3 1877 § 11 überein.

[37] Pr. E.E.G. § 8; Dernburg, P. P.R. I. § 204, 17; Anhalt Gr.B.G. § 11.

Digitized by Google

merkung in der Regel [38] eine Verfügung des Proceßrichters voraus [39], die nach den für einstweilige Verfügungen geltenden Grundsätzen sich richtet [40]. Die Vormerkung hat den Zweck, die endgültige Eintragung in der Reihe der Eintragungen vorläufig zu sichern [41] und sie bewirkt, daß spätere Eintragungen dem vorgemerkten Recht nicht präjudiciren können [42]. Die Löschung der Vormerkung erfolgt auf Antrag des Passivbetheiligten oder auf Vorlage eines richterlichen Erkenntnisses [43]. Werden die Voraussetzungen des vorgemerkten Rechts liquid gestellt, so wird die Vormerkung in Eintragung verwandelt [44].

3. Eintragung auf einseitigen Antrag des Berechtigten. Die dritte Classe von Rechten läßt die Eintragung auf einseitigen Antrag desjenigen zu, dessen Recht gewahrt werden soll. Diese Gestaltung findet sich in folgenden Rechten: Das Bayrische Recht [45] unterscheidet Protestationen und Vormerkungen [46]. Protestation ist die vorläufige Einschreibung, welche die Wirksamkeit eines zur Einschreibung geeigneten dinglichen Rechtes sichern soll, das zur Zeit nicht eingetragen werden kann, weil der Beweis der einzuschreibenden Thatsache nicht sofort erbracht werden kann, oder weil

---

[38] In einzelnen Fällen sind öffentliche Behörden befugt die Eintragung einer Vormerkung zu erwirken Dernburg, P. P.R. I. § 204, 10.

[39] Pr. Gr.B.O. § 88; Anhalt Gr.B.G. § 11.

[40] A.G. zur D. C.Pr.O. 24/3 1879 § 18; Dernburg, P. P.R. I. § 204, 8. Zu diesen gehört auch die Arrestvormerkung, die nach G.B.G. 13/6 1883 § 2. 10 als Eintragung einer bedingten Hypothek aufzufassen ist. Dernburg, P. P.R. I. § 322, b.

[41] Pr. E.E.G. § 16.

[42] Dernburg, P. P.R. I. § 204, 11.

[43] Pr. E.E.G. § 59; Förster, Gr.B.R. 69; Dernburg, P. P.R. I. § 204, 14; Anhalt Gr.B.G. § 11.

[44] Dernburg-Hinrichs 366.

[45] Vgl. Regelsberger, H.R. § 64—68. Mit dem Bayrischen Hypothekenrecht stimmt Weimar Pf.G. § 68—71 in den Bestimmungen über Vormerkung der Forderungen überein.

[46] Regelsberger, H.R. 295 faßt sie passend unter der Bezeichnung „vorläufige Einschreibung" zusammen, die sich im Gesetz nicht findet. Gönner, Commentar I. 300 bezeichnete sie dem Sprachgebrauch des damaligen Preußischen Rechts entsprechend als Protestationen mit den Unterabtheilungen der Protestationen im engeren Sinn und der Vormerkungen; jetzt ist für beide die Bezeichnung Vormerkung gewöhnlich. Graf, Commentar III. 59.

Digitized by Google

das Rechtsverhältniß, auf welches die Eintragung sich bezieht, noch unvollendet ist [47]. Die Protestation hat die Wirkung, daß von ihrer Einschreibung an nichts zum Nachtheil des Rechts geschehen kann, dessen Sicherung durch die Einschreibung bezweckt wird [48]. Vormerkung der Forderung ist die vorläufige Einschreibung einer Forderung in der III. Rubrik. Voraussetzung der Vormerkung ist, daß der Rechtstitel der Forderung vollständig begründet, die Eintragung jedoch wegen Mangels einer noch zu ergänzenden die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht berührenden Formalität nicht zuläßig also zeitig gehindert ist [49]. Die Vormerkung der Forderung hat die Wirkung, daß mit Beseitigung der Hinderniſſe, welche der Eintragung entgegenstanden, die vorgemerkte Hypothek mit rückwirkender Kraft auf den Tag der Vormerknng alle Rechte einer eingetragenen Hypothek erwirbt [50]. Protestationen und Vormerkungen werden auf einseitigen Antrag desjenigen, dem sie zum Vortheil gereichen, eingetragen, setzen jedoch Bescheinigung durch unverdächtige Urkunden voraus [51]. Protestationen und Vormerkungen wirken bis zu ihrer Löschung. Auf Verlangen des Gegentheils kann jedoch der Antragsteller durch hypothekenamtliche Verfügung angehalten werden, innerhalb dreißigtägiger Frist das zur Verwandlung der Protestation oder Vormerkung in Eintrag Erforderliche beizubringen, außerdem dieselbe gelöscht wird [52]. Außerdem kann der Gegentheil mit der negatorischen Klage die Freiheit seines Rechtes erwirken [53]. Mit dem Bayrischen stimmt in der Hauptsache das Württembergische Recht [54] überein. Dieses hat bestimmte technische Ausdrücke nicht ausgebildet [55], indeſſen ist die Bezeichnung Vormerkung für die vor-

---

[47] Regelsberger, H.R. § 65 Nr. 3.

[48] H.G. § 28; Regelsberger, H.R. § 66 II.

[49] H.G. § 30; vgl. Regelsberger, H.R. § 67 B. 2.

[50] Regelsberger, H.R. § 68 A. 1. 2; Weimar Pf.G. § 69.

[51] H.G. § 30; Regelsberger, H.R. § 65, 21; § 67 B. 1.

[52] H.G. § 113; Regelsberger, H.R. § 66, 7 und § 67 B. 3.

[53] Regelsberger H.R. § 66. III

[54] Vgl. über dieses Wächter, Erörterungen I. 197 f.; Römer, Pf.R. §. 39 bis 41; Lang, Sachenrecht § 177.

[55] Pf.G. Art. 74—88 faßt die einschlagenden Bestimmungen unter der Rubrik Sicherstellung von Rechten durch Einträge in öffentliche Bücher zusammen, allein es begreift darunter nicht nur die Fälle der vorläufigen son-

Digitized by Google

läufige Einschreibung üblich und es werden darunter sowohl die Verwahrungen als die vorläufigen Einschreibungen begriffen. Vormerkungen können sowohl im Güterbuch als im Pfandbuch eingetragen werden. Vormerkungen im Güterbuch haben den Zweck, der Befugniß des als Eigenthümer Eingetragenen entgegen zu treten. Nach Württembergischem Recht gilt nämlich der im Güterbuch als Eigenthümer Eingetragene hinsichtlich der Unterpfandsbestellung als berechtigt insoweit nicht entgegenstehende Rechte gewahrt sind [56]. Diese Wahrung kann auch durch Vormerkung im Güterbuch oder Pfandbuch geschehen, und es hat dieß die Wirkung, daß, solange sie nicht gelöscht ist, der Besitzer des Grundstücks jenen nachtheilige Verfügungen nur bedingt vorzunehmen befugt ist, und daß die Gültigkeit einer solchen davon abhängt, ob eine rechtskräftige Entscheidung zu Gunsten des Anspruchs des Protestirenden oder zu dessen Nachtheil sich ausspricht [57]. Vormerkungen im Pfandbuch können zur Wahrung der Einreden des Schuldners gegen Dritte [58] und zur Wahrung der Rechte des Gläubigers gegen unrechtmäßige Löschung [59] eingetragen werden. Die Vormerkung des Pfandrechtstitels ist nach Württembergischem Recht ganz analog den Bestimmungen des Bayrischen Rechts geregelt. Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Pfandrechtstitel vollständig begründet sei, die Eintragung aber zur Zeit nicht stattfinden könne, entweder weil das Recht zur Zeit noch bestritten ist, oder die Summe der zu versichernden Forderung noch nicht ausgemittelt oder sonst irgend eine Ergänzung erforderlich ist. In diesen Fällen kann das Pfandrecht einstweilen vorgemerkt werden. Wird der Anspruch in der Folge für begründet erkannt oder der Anstand beseitigt, so ist das Pfandrecht als zur Zeit der eingetragenen Vormerkung bestellt zu betrachten [60]. Ist der Pfandrechtstitel vorgemerkt, so wird dem Antragsteller, der auf den

---

dern auch solche der definitiven Einschreibung. Römer, H.R. 166. Nach Wächters Vorgang ist die Bezeichnung Vormerkung für die vorläufigen Einschreibungen gewöhnlich. Römer, H.R. § 39.

[56] Württemberg Pf.G. Art. 57. 65. 74; Lang, Sachenrecht § 171, 19.

[57] Pf.G. Art. 76; Wächter, Erörterungen 198, 50.

[58] Pf.G. Art. 86—89; Lang, Sachenrecht § 177, 28.

[59] Pf.G. Art. 73; Lang, Sachenrecht § 177, 29.

[60] Pf.G. Art. 79; Lang, Sachenrecht § 177, I.

Digitized by Google

Rechtsweg verwiesen ist, zum Nachweis, daß er seine Klage angebracht habe, ein Termin bestimmt und wenn er diesen Nachweis nicht liefert, die Vormerkung gelöscht [61]. Ist die Vormerkung verfügt, weil noch eine Ergänzung erforderlich ist, so wird der Antragsteller auf Antrag des Schuldners oder eines nachstehenden Gläubigers oder von Amtswegen zur Berichtigung des Mangels beauftragt und wenn er diesem Auftrag nicht nachkommt die Löschung verfügt [62]. Nach Hessen-Darmstädtischem Recht kann derjenige, der auf Grund eines genügenden Erwerbstitels die Ingrossation beansprucht, diese aber wegen der im Gesetz aufgeführten Hindernisse zur Zeit nicht bewirken kann, eine Vormerkung seines Anspruchs eintragen lassen, was zur Folge hat, daß bis zur Löschung der Vormerkung kein Eintrag auf der betreffenden Sache zum Vortheil eines Dritten vollzogen werden kann [63]. Wird das Hinderniß gehoben, so erfolgt die Ingrossation mit Wirkung vom Tag der Eintragung der Vormerkung an [64]. Der Eigenthümer, gegen welchen die Vormerkung erfolgt ist, kann die Löschung erwirken, wenn er urkundlich nachweist, daß die Voraussetzungen, unter welchen die Vormerkung bewilligt wurde, nicht eingetreten sind [65]. Ebenso kann derjenige, welcher eine erfolgte Ingrossation durch Klagestellung anficht, durch Vormerkung der Klagestellung den Lauf der Ersitzung von Seite des ingrossirten Eigenthümers unterbrechen [66]. Das gleiche Verfahren wird bei Vormerkung des Hypothektitels beobachtet. Der Gläubiger, der einen Rechtstitel zur Einschreibung einer Hypothek bescheinigt hat, kann die Vormerkung desselben beantragen, wenn der Eintragung nur die im Gesetz bezeichneten Hindernisse entgegenstehen [67], mit der Wirkung,

[61] Pf.G. Art. 197; Lang, Sachenrecht § 177, 14.

[62] Hauptinstruktion § 201.

[63] Ingrossationsgesetz Art. 18, 1. Die im Gesetz bezeichneten Hindernisse sind: Fehlen der in den Fällen des Art. 6 und 8 erforderlichen Einwilligung des Veräußerers und der Erben, wenn das das Eigenthum zuerkennende Urtheil die Rechtskraft noch nicht beschritten hat, und wenn Betheiligte, deren Anerkennung der Gültigkeit des Erwerbstitels nach Art. 5. 12 und 14 zur Ingrossation erforderlich ist, diese noch nicht ertheilt haben.

[64] Ingrossationsgesetz Art. 18, 2; Müller, Ingrossation § 41, 8.

[65] Ingrossationsgesetz Art. 18, 1; Müller, Ingrossation § 41, 4.

[66] Ingrossationsgesetz Art. 33; Müller, Ingrossation § 42.

[67] Pf.G. Art. 43. Die hier genannten Hindernisse der Eintragung sind:

Digitized by Google

daß bis zur Löschung der Vormerkung keine dem vorgemerkten Recht präjudicirenden Einträge gemacht werden können [68] und daß mit Beseitigung der Hindernisse der Eintragung diese mit Wirkung vom Tag der Einschreibung der Vormerkung erfolgt [69]. Der Schuldner kann die Löschung der Vormerkung erwirken, wenn er urkundlich nachweist, daß die Voraussetzungen der Vormerkung nicht eingetreten sind [70]. Das Oesterreichische Recht unterscheidet die Anmerkung (Adnotation) [71] und die Vormerkung (Pränotation) [72]. Anmerkungen sind Einzeichnungen, welche den Zweck haben, Verfügungsbeschränkungen des Eigenthümers oder des aus einer Eintragung Berechtigten zu constatiren und die Geltendmachung vor Einwendungen gegen vollzogene Eintragungen sicher zu stellen [73]. Gegenstände der Anmerkungen sind die allgemeine Dispositionsfähigkeit des Bucheigenthümers [74], Vinkulirungen des Objekts und partielle Beschränkungen des Bucheigenthümers [75], die Streitanmerkung [76], die Anmerkung der Sequestration [77], der

---

daß die Forderung oder der Rechtsgrund des gesetzlichen Hypothektitels bestritten, der in einer letztwilligen Verfügung begründete Hypothektitel noch nicht anerkannt, das Urtheil durch welches der Schuldner zur Bestellung der Hypothek angehalten wird noch nicht rechtskräftig, die Bedingung oder der Zeitpunkt von der die Verpfändung abhängt noch nicht eingetreten ist. Müller, Pf.R. § 50.

[68] Pf.G. Art. 43, 1.

[69] Pf.G. Art. 45.

[70] Pf.G. Art. 44; Müller, Pf.R. § 50, 6.

[71] Dieß ist die eingetragene Dispositionsbeschränkung Exner, H.R. § 25, 11 f. vgl. Randa, E. § 8 III.

[72] Vgl. Exner, H.R. § 28. 30; Randa, E. § 8 II.

[73] Gr.B.G. § 20.

[74] Gr.B.G. § 20 A. § 52; Exner, H.R. § 25, 11; Randa, E. § 22, 6. Durch die Vorschrift, daß die persönliche Dispositionsunfähigkeit in das Grundbuch einzutragen ist, unterscheidet sich das Oesterreichische Recht von den anderen deutschen Landesrechten.

[75] Dahin gehören vertragsmäßige und letztwillige Veräußerungsverbote und Beschränkungen, die auf dem fideicommissarischen oder Lehensverband beruhen. Exner, H.R. § 25 Nr. 2.

[76] Die Streitanmerkung kann nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen eingetragen werden Exner, H.R. § 25, 27. Sie hat zur Folge, daß das künftige Ergebniß des angemerkten Streites einer nach Eintragung derselben erfolgten Einverleibung präjudicirt Gr.B.G. § 61, 2; § 65, 2.

[77] Gr.B.G. § 20 b.

Digitized by Google

Rangordnung [78], der exekutiven Versteigerung [79], der Abtretung oder Löschung einer Hypothekforderung [80], der Aufkündigung einer Hypothekforderung [81]. Die Vormerkung ist die provisorische Einzeichnung der Erwerbung, Uebertragung, Beschränkung oder Löschung eines bücherlichen Rechts [82]; sie findet statt, wenn die beigebrachte Urkunde nicht alle gesetzlichen Erfordernisse der Einverleibung wohl aber die allgemeinen Erfordernisse der grundbücherlichen Eintragung besitzt [83]. Die Pränotation findet sowohl für den Eigenthumsübergang [84] als für den Erwerb von dinglichen Rechten und Hypotheken [85] statt. In jedem Gesuch der Einverleibung ist stillschweigend das Gesuch der Pränotation enthalten [86]. Der Gesuchsteller hat binnen 14 Tagen nach erfolgter Pränotation entweder die Erklärung der Bewilligung des Passivbetheiligten beizubringen oder die Klage auf Rechtfertigung zu stellen [87]. Versäumt er diese Frist, so kann der Passivbetheiligte die Löschung beantragen [88]. Wird die Einverleibung bewilligt, so gilt das pränotirte Recht als zur Zeit der Pränotation entstanden [89]. Das Sächsische B. G.B. unterscheidet wie das Bayrische Recht Verwahrung und Vormerkung der Forderung [90]. Die Verwahrung

[78] Gr.B.G. § 53; Randa, E. § 22, 8. Sie kann von dem Eigenthümer für Veräußerung des Objekts oder Bestellung einer Hypothek erlangt werden und hat die Wirkung, daß sie dem in der Anmerkung vorgesehenen Rechtsgeschäft den Vorrang vor späteren gleichen Rechtsgeschäften wahrt Exner, H.R. § 25, 30. Sie verliert ihre Wirksamkeit mit dem Ablauf von 60 Tagen nach Bewilligung derselben Gr.B.G. § 55.

[79] Gr.B.G. § 20 b. § 72.

[80] Gr.B.G. § 53, 2.

[81] Gr.B.G. § 59.

[82] Gr.B.G. § 8, 2.

[83] Gr.B.G. 9 35.

[84] A. B.G.B. § 438; Exner, H.R. § 25, 5.

[85] Gr.B.G. § 36. 37; Exner, H.R. § 30, 6.

[86] Gr.B.G. § 85.

[87] Gr.B.G. § 41. 42; A. B.G.B. § 439; Exner, H.R. § 31 A.

[88] Gr.B.G. § 45; A. B.G.B. § 439.

[89] A. B.G.B. § 438; Exner, H.R. § 31, 17.

[90] Ueber die Protestationen und Vormerkungen des Sächsischen Rechts vgl. Heyne in Erörterungen 48 f.; Siegmann, H.O. 80 f.; Siegmann, H.R. § 14. 15. 57; Siegmann in Annalen N. F. I. 146. 289. 433. Die Bestimmungen der H.O. 1843 § 25 f. und 52 f. sind in die H.O. von Altenburg und beiden Reuß übergegangen und liegen den betreffenden Vorschriften des

Digitized by Google

soll, wenn die Eintragung eines Rechts in das Grundbuch oder die Löschung oder Abänderung eines Rechts wegen eines noch zu beseitigenden Mangels an einem Nachweis nicht sofort erlangt werden kann, den Anspruch darauf sichern [91]. Die Wirkung der Verwahrung besteht darin, daß von ihrer Eintragung bis zu ihrer Löschung nichts zum Nachtheil des Rechts aufgenommen werden darf, dessen Sicherung durch die Verwahrung bezweckt wird [92]. Die Vormerkung der Forderung erfolgt, wenn der Rechtsgrund der Forderung durch unverdächtige öffentliche oder Privaturkunden bescheinigt, die Eintragung aber wegen eines das Wesen des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses auszusetzen ist [93]. In dem Antrag auf Eintragung der Forderung ist nach Sächsischem Recht der Antrag auf Vormerkung von selbst enthalten [94]. Die Wirkung der Vormerkung ist, daß mit Wegfallen des Hindernisses die vorgemerkte Forderung an der Stelle der Vormerkung eingetragen werden kann [95]. Die Vormerkung wirkt auch gegen einen späteren Erwerber, der das Grundstück auf andere Weise als durch Zwangsversteigerung erworben hat, indem er sich nach erfolgter Beseitigung des Mangels die Eintragung der vorgemerkten Forderung gefallen lassen muß [96]; da-

---

Sächsischen B.G.B. zu Grund. Diese Rechte kennen auch eine Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks zur Sicherung eines Hilfsgegenstandes, zur Sicherung einer mit Hypothektitel nicht versehenen Forderung und zur Sicherung des Absonderungsrechts der Erbschaftsgläubiger Sachsen G.O. § 219; Altenburg H.O. § 151; Reuß ä. u. j. L. H.O. § 150. Rudolstadt H.O. § 70 und Meiningen G.B.G. Art. 28 haben für die Vormerkungen die gleichen Grundsätze wie die Sächsische H.O. ausgebildet, dagegen die Verwahrung nicht aufgenommen.

[91] Sachsen G.O. § 119; Altenburg und beide Reuß H.O. § 22.

[92] Sachsen B.G.B. § 143; Altenburg und beide Reuß H.O. § 25.

[93] Sachsen B.G.B. § 404; Altenburg H.O. § 53; Reuß ä. L. H.O. § 54 Reuß j. L. § 52. Vgl. Siegmann H.R. § 14.

[94] Sachsen B.G.B. § 404. Nach Altenburg H.O. § 53 Reuß ä. L. H.O. § 54 und Reuß j. L. H.O. § 52 wird die Vormerkung nur auf Antrag eingetragen.

[95] Sachsen B.G.B. § 405; Altenburg H.O. § 53; Reuß ä. L. H.O. § 54; Reuß j. L. H.O. § 52. Nach Sächsischem Recht bewirkt also die Vormerkung nur einen Anspruch auf Eintragung an der Stelle der Vormerkung.

[96] Sachsen B.G.B. § 406; Altenburg H.O. § 90; Reuß ä. L. H.O. § 87; Reuß j. L. H.O. § 89.

Digitized by Google

gegen verliert sie ihre Wirkung mit Zwangsversteigerung oder Concurseröffnung [97]. Der Eigenthümer des Grundstücks und jeder nachfolgende hypothekarische Gläubiger können verlangen, daß der Antragsteller zur Beseitigung des der Eintragung entgegenstehenden Mangels binnen einer zu bestimmenden Frist beauftragt werde; kommt der Antragsteller diesem Auftrag nicht nach, so wird die Vormerkung gelöscht [98].

VI. Für das Verfahren bei der Eintragung auf Grund des gestellten Antrags gelten folgende Grundsätze: Das Buchamt hat den Antrag, wenn er nicht an sich unzulässig ist [99], zu instruiren. Für die Prüfung der Anträge befolgen unsere Hypothekenrechte zwei Richtungen. Die eine Classe von Rechten fußt auf dem Consensprincip [100]; hiernach ist zu Einschreibungen im Grundbuch die Einwilligung des Passivbetheiligten erforderlich, und es muß dieselbe beigebracht oder durch Richterspruch ergänzt werden [101]; andererseits ist dieselbe genügend und es liegt nicht in der Befugniß des Grundbuchrichters, das Rechtsgeschäft welches zu dem Antrag Veranlassung gegeben hat einer Prüfung zu unterziehen [102]. Die Prüfung des Grundbuchrichters hat sich auf die Untersuchung zu

---

[97] Sachsen B.G.B. § 408; Altenburg H.O. § 53; Reuß ä. L. H.O. § 54; Reuß j. L. § 52.

[98] Sachsen B.G.B. § 407; Altenburg H.O. § 139; Reuß ä. L. u. j. L. H.O. § 138.

[99] In diesem Fall ist der Antrag zurückzuweisen, z. B. wenn das Recht, dessen Eintragung verlangt wird, gar nicht eintragungsfähig ist. Dernburg, P. P.R. I. § 205.

[100] Vgl. über dieses: Förster, Gr.B.R. 61; Dernburg, P. P.R. I. § 197; Dernburg-Hinrichs § 11, 3; Meibom, H.R. S. 70—80; Exner, H.R. S. 27 72. Das Consensprincip ist angenommen in den Preußischen Grundbuchgesetzen und den daraus abgeleiteten Gesetzen von Oldenburg, Braunschweig, Coburg-Gotha, Lippe-Detmold, Lippe-Schaumburg, Sondershausen, dann den Grundbuchgesetzen von Anhalt, Mecklenburg, Hamburg, Lübeck und Oesterreich.

[101] Dernburg, P. P.R. I. § 197, 8. Daher setzt nach den Landesrechten des Consensprincincips die Eintragung gesetzlicher Hypothektitel die Einwilligung des Schuldners oder seine rechtskräftige Verurtheilung voraus, während nach den Landesrechten des Legalitätsprincips die Einwilligung präsumirt werden kann oder gar nicht erforderlich ist. Vgl. unten § 305 III.

[102] Pr. Gr.B.O. § 46 Nr. 2; Dernburg, P. P.R. I. § 203, 7; Meibom, H.R. § 9; Exner, H.R. S. 29, 75 und § 26, 38. Vgl. unten § 260, 7 und § 305.

Digitized by Google

beschränken, ob die Competenz des Grundbuchamtes begründet [103], die Legitimation und Dispositionsfähigkeit des Antragstellers hergestellt [104], die Einwilligung der Passivbetheiligten constatirt [105] und der Antrag nach Form und Inhalt den gesetzlichen Vorschriften entsprechend sei [106]. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so wird dem Antrag stattgegeben. Die andere Classe von Rechten fußt auf dem Legalitätsprincip [107]; hiernach erstreckt sich die Prüfungspflicht auch auf das Rechtsgeschäft, welches zu dem Antrag Veranlassung gibt [108].

VII. Für die Priorität ist die Eintragung entscheidend [109]. Diese erfolgt nach der Reihenfolge in der die Anträge zur Vorlage gelangen [110].

---

[103] Pr. E.E.G. § 2; Dernburg-Hinrichs § 284 a.

[104] Dernburg, P. P.R. I. § 205, 4; Dernburg-Hinrichs 284 b; Meibom, H.R. § 9, 21. 22.

[105] Pr. Gr.B.O. § 46 Nr. 1; Meibom, H.R. § 9, 20.

[106] Pr. Gr.B.O. § 46 Nr. 1; Dernburg, P. P.R. I. § 205, 5; Meibom, H.R. § 9, 31; Oesterreich Gr.B.G. § 94; Exner, H.R. 28. 29 und § 26 Nr. 3.

[107] Vgl. über dieses Regelsberger, H.R. § 26; Exner, H.R. S. 27, 71. Dem Legalitätsprincip gehören an die Grundbuch- und Hypothekengesetze von Königreich Sachsen, Altenburg, beiden Reuß, Weimar, Meiningen, Rudolstadt, Nassau, Hessen-Darmstadt; ebenso die Hypothekengesetze von Bayern Regelsberger, H.R. § 26 II. und Württemberg Römer, Pf.R. § 38, 14. Das Legalitätsprincip in seiner späteren Form beruhte wesentlich auf der Ausbildung der Allodialinvestitur in dem Sächsischen Recht, mit welcher eine eingehende Prüfung des zu Grund liegenden Vertrags und darauf folgende Confirmation verbunden war. Bei Beseitigung der Allodialinvestitur und Confirmation in den Ländern des Sächsischen Rechts blieben die Grundsätze, welche für die der Bestätigung vorangehende Sachprüfung maßgebend waren, erhalten. Vgl. unten § 260, 33. Die Richtung der Preußischen H.O. von 1783, in welcher das Legalitätsprincip der neueren Form zuerst zur Ausbildung gelangt war, hatte ihre Wurzeln wesentlich in diesen Grundsätzen des Sächsischen Rechts.

[108] Es tritt dieß namentlich bei der gerichtlichen Auflassung unten § 260, 30 und bei der Eintragung von Hypotheken unten § 305 III. hervor. Der Unterschied des Consensprincips und Legalitätsprincips liegt gerade in dem Umstand, daß bei dem ersteren nicht wie bei dem letzteren die Prüfung auf das zu Grund liegende Rechtsgeschäft sich erstreckt Meibom, H.R. § 9, 40.

[109] Vgl. unten § 321. Nach Pr. E.E.G. § 36 richtet sich die Rangordnung von Belastungen in der zweiten und dritten Abtheilung nach dem Datum der Eintragung, während für die dritte Abtheilung die Reihenfolge der Eintragungen entscheidet.

[110] Pr. Gr.B.O. § 45; Dernburg, P. P.R. § 200, 1; Sachsen G.O.

Digitized by Google

VIII. Die Eintragung erfolgt auf ein Dekret der Buchbehörde, welches dieselbe verfügt [111].

C. Anfechtung der Einträge [112].

Formell nichtige Einträge, nämlich solche, welche nach Form und Inhalt gegen wesentliche Voraussetzungen des Gesetzes verstoßen, sind gänzlich unwirksam [113]. Sie können von Amtswegen entfernt werden [114], es steht jedoch auch demjenigen, zu dessen Nachtheil die Eintragung gereicht, ein Klagerecht auf Beseitigung zu [115]. Formell richtige Einträge können, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, angefochten werden. Unsere Hypothekengesetze scheiden sich in dieser Hinsicht in zwei Systeme:

---

§ 95; Altenburg H.O. § 136; Reuß ä. u. j. L. H.O. § 135; Rudolstadt H.O. § 135. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oestreichischem Recht, nach welchem der Zeitpunkt der Präsentation des Antrags entscheidet. Gr.B.G. § 29. Abweichend davon bestimmen Bayern H.G. § 23. 24. 60 und Mecklenburg R.R.H.O. § 11, daß am gleichen Tag eingereichte Anträge gleichen Rang haben.

[111] Pr.Gr.B.O. § 43; Dernburg P. P.R. 1. § 197, 17; Meibom, H.R. § 9, 12.

[112] Dernburg P. P.R. 1. § 201; Förster, Gr.B.R. 185; Förster Eccius § 178, 55; Regelsberger, H.R. § 30 Nr. 5; § 38; § 99, 100; Siegmann, H.R. § 46; Meibom, H.R. § 11; Exner, H.R. § 11—18.

[113] Exner, Publicitätsprincip 113; Meibom, H.R. § 11, 1 2; Dernburg Pr. P.R. 1. § 201, 3; Regelsberger, Studien 122 und H.R. § 38, 3a; Exner, H.R. § 10. Solche Fälle sind z. B. Mangel im Vollzug der Eintragung wie Fehlen der Unterschrift der Buchbeamten, Eintragung ohne vorhergehende Auflassung, Eintragung auf Grund des Antrags eines im Grundbuch nicht Eingetragenen. Je nachdem sich die Nichtigkeit aus der Eintragung selbst erkennen läßt oder nicht, wird die Frage zu beantworten sein, ob Dritten auf Grund nichtiger Einträge die Berufung auf die publica fides zusteht.

[114] Dernburg Pr. P.R. 1. § 201, 4; Anhalt Gr.B.G. § 24 Nr. 2. Meibom, H.R. § 11, 3 hält Einwilligung desjenigen, zu dessen Gunsten der Eintrag gereichen würde, für erforderlich, in dessen Ermanglung Klage zu stellen sei. Nach Oesterreich Gr.B.G. § 104 kann der Eintrag, der buchwidrig oder bescheidwidrig erfolgte, von Amtswegen berichtigt werden, es sind jedoch die Betheiligten zu vernehmen. Exner, H.R. § 11 Nr. 1.

[115] Dernburg P. P.R. 1. § 201, 5; Meibom, H.R. § 11, 3. Die Klage kann die negatorische Klage auf Beseitigung der Eintragung oder die Klage auf Anerkennung einer gelöschten Eintragung sein. Das Oesterreichische Gr.B.G. § 61 hat eine besondere Löschungsklage gegeben. Exner, P.Pr. 115 und H.R. § 11, 15.

Digitized by Google

1. Der eine Theil hat das Princip der formalen Rechtskraft oder der abstrakten Natur der Bucheinträge angenommen [116]. Hiernach haben formell richtige Bucheinträge rechtsbegründende Wirkung ohne Rücksicht auf die der Eintragung zu Grund liegenden materiellen Voraussetzungen. Ein Mangel in den letzteren hindert nicht die rechtliche Wirkung der Eintragung, sondern erzeugt nur einen obligatorischen Anspruch auf Beseitigung der Eintragung. Dieses Princip ist angenommen in der H.O. von Hamburg und Lübeck [117], dem sächsischen B.G.B. [118] und der Mecklenburgischen R.R.H.O. und R.St.B.O. [119].

[116] Vgl. darüber Dernburg P. P.R. 1. § 201, 1; Regelsberger, H.R. § 30 Nr. 5; Rudolph, accessorische und selbstständige Hypothek in A. f. C.Pr. LXVII. 227 f.

[117] Hamburg H.O. § 2 und gleichlautend Lübeck H.O. § 15. „Ueber die in den Hypothekenbüchern eingetragenen Zuschreibungen, Umschreibungen, Tilgungen und sonstigen Verhandlungen ist der Inhalt dieser Bücher auch in Streitfällen unbedingt entscheidend. Im Civilverfahren findet dawider kein Gegenbeweis und kein Bestreiten der Eintragungen als nicht rechtsgiltig geschehen statt." Hamburg H.O. § 3 und gleichlautend Lübeck H O. § 16. „Wer durch eine vorgenommene Eintragung sich verletzt erachtet, hat seine Rechte wider diejenigen die mit ihm in vertragsmäßigen oder in unmittelbar gesetzlichen Beziehungen stehen geltend zu machen... Wenn aber auf Grund des rechtsverletzenden Aktes bereits weiter verfahren, namentlich eine Umschreibung, Tilgung oder sonstige Eintragung vorgenommen ist, so sind die durch dieselben erworbenen Rechte unumstößlich, es sei denn daß gegen den Berechtigten seine Mitwirkung zu einem betrügerischen Verfahren dargethan würde."

[118] Sachsen B.G.B. § 278. „Ist die Eintragung in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, so ist der eine Betheiligte gegen den anderen berechtigt, die Löschung der Eintragung zu verlangen. Sind Dritte später als Eigenthümer eingetragen worden, so kann eine Löschung ihrer Eintragung nur verlangt werden, wenn sie zur Zeit derselben von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung Kenntniß hatten." In den Motiven bei Siegmann, Commentar ist hervorgehoben, daß hiernach wenn die Eintragung des Eigenthümers in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen nicht etwa die Eintragung als nichtig oder anfechtbar zu betrachten ist, sondern bloß ein persönliches Rechtsverhältniß zwischen den Interessenten besteht. Das Gesetz spricht dieß zwar nur für den Eigenthumserwerb aus, es ist aber anzunehmen, daß damit ein allgemeines Princip anerkannt werden sollte. Es ist dieser Grundsatz schon in der H.O. von 1843 § 2, 3 ausgesprochen und in die H.O. von Altenburg § 2, 3 Reuß ä. L. § 2, 3, 4 und Reuß j. L. 2, 3 übergegangen.

[119] Mecklenburg R.St.B.O. § 36. Der Inhalt des Stadtbuchs gibt voll-

Digitized by Google

2. Der andere Theil der Landesrechte schreibt den Bucheinträgen nicht constitutive sondern nur declarative Bedeutung zu; die Wirkung derselben ist von dem Bestand der materiellen Voraussetzungen abhängig. Daher entsteht das Recht nicht, wenn die materielle Voraussetzung nichtig ist; ist sie nur anfechtbar, so bleibt der Eintrag an sich bei Bestand und es steht dem Beschädigten nur ein persönlicher Anspruch gegen denjenigen zu der dadurch Rechte erworben hat, wobei jedoch gutglaubige dritte Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt werden. Dieß ist die Stellung des preußischen Rechts[120] und

ständigen Beweis, ein Attest aus demselben ist vollgültiges Beweismittel. Es ist dasselbe in Streitfällen unbedingt — entscheidend. Für diejenigen, welchen Rechte durch irgend eine Einzeichnung in das Buch erworben oder gesichert werden, steht dasjenige was dasselbe zur Zeit dieser Einzeichnung bereits enthält, unumstößlich fest und sind diese ihre Rechte gegen eine jede Anfechtung Dritter aus bereits entstandenen oder später entstehenden Rechten völlig gesichert, es mag eine solche Anfechtung aus dem Grund eines früheren Versehens der Behörde einer Unechtheit früherer Ausstellungen, einer ursprünglichen Nichtigkeit, einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, einer Verjährung oder aus irgend einem sonstigen ordentlichen Rechtsgrunde geschehen. Durch den Beweis des bösen Glaubens desjenigen, welcher diese gesetzlichen Vorschriften in Anspruch nimmt, wird die Anwendung derselben ausgeschlossen. — Wer durch irgend einen Akt im Stadtbuch verletzt worden ist, insonderheit derjenige, zu dessen Nachtheil eine Verlassung, Eintragung, Umschreibung oder Tilgung widerrechtlich geschehen ist, kann seine Rechte gegen alle diejenigen, welche mit ihm in vertragsmäßigen oder in unmittelbaren gesetzlichen Rechtsbeziehungen stehen, sowie gegen die Erben derselben gerichtlich geltend machen. Sobald die Grundlage eines widerrechtlichen Aktes weiter zu Hypothekenbuchverfahren, namentlich eine Verlassung, Eintragung, Umschreibung oder Tilgung erfolgt ist, bleibt dem in seinem Recht Verletzten nur der Anspruch gegen den ihn vermöge Vertrags oder Gesetzes unmittelbar Verpflichteten und dessen Erben. — Diese Bestimmungen finden sich schon R.R.H.O. § 25 der sie entnommen sind. Vgl. über dieselben Meibom, H.R. § 11.

[120] Pr. E.E.G. § 9 bestimmt, daß die Eintragung des Eigenthumsübergangs nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden kann. Es kann sich dieß auf die Eintragung oder auf das zu Grund liegende Rechtsgeschäft beziehen. Je nachdem die Eintragung als nichtig oder als anfechtbar erscheint, ist die dingliche oder die persönliche Klage gegeben. Förster, Gr.B.R. 185; Förster Eccius § 178, 57—64; Dernburg P.P.R. 1. § 201 Nr. 2, 3. In Braunschweig E.E.G. § 11, 12 ist dieß auch in der gesetzlichen Bestimmung unterschieden. Mit dem Pr. E.E.G. § 9, 10 stimmen dem Wortlaut nach überein Oldenburg E.E.G. § 8, 9; Coburg E.E.G. § 9, 10; Detmold E.E.G. § 8, 9; Sondershausen E.E.G. § 9, 10.

Digitized by Google

muß auch für diejenigen Rechte angenommen werden, in welchen das Princip der formalen Rechtskraft nicht ausdrücklich angenommen ist [121]. Auch für das Oesterreichische Recht ist das letztere anzunehmen [122].

D. Der öffentliche Glaube [123].

Die Eintragungen in die Grundbücher und Hypothekenbücher genießen öffentlichen Glauben, sie stehen unter dem Schutz der Publicität.

Der Ausdruck Publicität wird in doppeltem Sinn gebraucht und man unterscheidet demnach die formelle und die materielle Publicität [124]. Die formelle Publicität besteht in dem Grundsatz, daß jedem Betheiligten ein Recht auf Einsicht des Grundbuchs zusteht [125]. Als Consequenz davon erscheint der Rechtssatz, daß sich niemand auf Nichtkenntniß dessen, was im Grundbuch eingetragen ist, berufen darf [126]. Die materielle Publicität beruht

[121] Nur Anhalt Gr.B.G. 1877 § 10 schreibt vor, daß die Anfechtbarkeit von Einträgen und Löschungen im Grundbuch nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen sei. Die anderen Landesgesetze enthalten keine Bestimmung, und es kommen daher für diese die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

[122] Für das Oesterreichische Recht nimmt Exner, Publicitätsprincip 57, 70 und H.R. § 9 die Geltung der formellen Rechtskraft der Bucheinträge an; Exner gibt daher H.R. § 14 dem Beschädigten nur eine Condiktion. A. M. Strohal, Eigenthum 3, 2 und Randa, Eigenthum 443, welche letztere Meinung mir begründet scheint. Für die Mecklenburgischen H.O. mit Ausnahme der oben Note 104 angeführten gilt der Grundsatz, daß Irtabulate als nichtig oder anfechtbar angegriffen werden können Meibom, H.R. § 23, 24.

[123] Vgl. Exner, das Publicitätsprincip 1871; Colberg, über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens 1877; Förster, Gr.B.R. § 3; Dernburg-Hinrichs § 14; Dernburg P. P.R. 1. § 202; Meibom, H.R. § 10; Regelsberger, H.R. § 30; Römer, H.R. § 3; Exner, H.R. § 6—18.

[124] Regelsberger, H.R. § 29 und 30.

[125] Pr. Gr.B.O. § 19; Dernburg P. P.R. 1. § 203 Nr. 5; Sachsen G.O. 1865 § 97; Altenburg und beide Reuß H.O. § 19; Mecklenburg R.St.B.O. § 47; R.R H.O. § 39; Hessen V. 19/2 1859 Art. 42; Weimar Pf.G. § 207; Anhalt Gr.B.G. § 42; Bayern H.G. § 24; Württemberg Pf.G. Art. 61—63; Römer, H.R. § 3, 4; Rudolstadt Pf.G. § 54. Nach Hamburg H.O. § 5, Lübeck H.O. § 18 und Oesterreich Gr.B.G. § 7 ist das Grundbuch allgemein zugänglich.

[126] Pr. L.R. 1. 4. 19; Bayern H.G. § 25; Altenburg u. beide Reuß H.O. § 20; Anhalt Gr.B.G. § 10; Hamburg H.O. § 25; Lübeck H.O. § 18.

Digitized by Google

darauf, daß der Inhalt des Grundbuchs mit äußerer oder formeller Wahrheit bekleidet wird [127] und bei allen mit dem Grundbuch in Beziehung stehenden Handlungen Dritter, welche sich in gutem Glauben befinden, entscheidet. Es beruht dieß auf einem positiven Rechtssatz, der bei anderen Rechtsinstituten sich nicht findet und überhaupt in unserem Recht keine Analogie hat [128]. Die materielle Publicität hat eine negative und eine positive Seite. Die negative Seite besteht darin, daß derjenige, dem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, den Inhalt desselben als erschöpfend annehmen darf [129], und daher eintragungsbedürftige Rechte Dritter, welche nicht eingetragen sind, als nicht existent anzusehen das Recht hat [130]. Die positive Seite besteht darin, daß die Einträge in dem Grundbuch, auch wenn sie innerlich fehlerhaft sind, für Denjenigen, der sich auf den öffentlichen Glauben berufen darf, rechtsbeständig sind [131]. Es gelten hiebei jedoch folgende Voraussetzungen:

1. Der Gegenstand des Schutzes ist verschieden nach den Hypothekenbüchern des Pfandbuchsystems und den Grundbüchern des Grundbuchsystems. Bei den ersteren beschränkt sich der Schutz auf den Erwerb von Hypotheken und von eintragsfähigen Rechten an ihnen, sowie auf die Befreiung von solchen Rechten [132]. Nach den letzteren erstreckt sich der Schutz außerdem auf das Eigenthum und die daran bestellten dinglichen Rechte [133].

2. Der Schutz kommt nur Demjenigen zu, der im Vertrauen auf einen formell richtigen Eintrag im Hypothekenbuch gehandelt

---

[127] Dernburg Pr. P.R. 1. § 202, 2; Regelsberger, H.R. 136; Römer, H.R. 14.

[128] Die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils hat Aehnlichkeit damit, unterscheidet sich aber darin, daß sie nur unter den Partheien Geltung hat, während die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nur zu Gunsten Dritter wirkt. Regelsberger, H.R. § 30, 8.

[129] Exner, Publicitätsprincip 4; Förster, Gr.B.R. 43; Regelsberger, H.R. § 30 Nr. 1; Württemberg Pf.G. Art. 65; Römer, H.R. § 3, 6b und § 6; Weimar Pf.G. § 133.

[130] Dernburg Pr. P.R. 1. § 202, 2b.

[131] Exner, Publicitätsprincip 4; Dernburg P. P.R. 1. § 202, 2a.

[132] Bayern H.G. § 25, 1; Regelsberger, H.R. § 12 I. 2 und § 31, 5; Württemberg Pf.G. Art. 64.

[133] Dernburg P. P.R. 1. § 202 Nr. 2; Meibom, H.R. § 10, 3.

Digitized by Google

hat [134], und dabei in gutem Glauben war, also von der materiellen Unrichtigkeit der Eintragung keine Kenntniß hatte [135].

3. Nach einem Theil der Rechte kommt der Schutz nur dem entgeltlichen Erwerb von Rechten zu [136], während ein anderer Theil diese Voraussetzung nicht hat [137].

Zum Schutz gegen die Wirkungen der Publicität kann der Betheiligte durch Eintragung einer Verwahrung die Geltendmachung seiner Rechte sicher stellen [138].

Titel II.

Das System des französischen Rechts [1].

§ 223.

Das französische Recht kennt das Institut der Hypothekenbücher nicht, sondern es hat nur chronologisch geführte Register, in welche die für eine einzutragende Thatsache maaßgebenden Urkunden ihrem Wortlaut nach eingeschrieben werden. Es sind dieß

I. Das Transskriptionsregister [2]. Dieses, das mit dem

[134] Regelsberger, H.R. § 33, 4. Es wird vorausgesetzt, daß die Eintragung formell richtig ist, daß sie nicht erkennbar gegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Eintragung verstößt vgl. oben Note 113.

[135] Pr. E.E.G. § 9; Sachsen B.G.B. § 278; Altenburg und beide Reuß H.O. § 20; Anhalt Gr.B.G. § 10; Weimar Pf.G. § 82 und 145; Bayern H.G. § 25; Württemberg Pf.G. Art. 85 und 88. Nach Hamburg H.O. § 3 und Lübeck H.O. § 26 wird der Schutz der Oeffentlichkeit nur gegenüber einer betrügerischen Handlungsweise versagt. Nach Mecklenburgischem Recht entsteht durch den bösen Glauben des Erwerbers nur ein persönlicher Anspruch gegen ihn, der eine Einrede gegen die Geltendmachung des eingetragenen Rechts und einen Anspruch auf Tilgung des Eintrags begründet Meibom, H.R. § 10, 11 und § 11, 9. Ueber die Bedeutung des guten Glaubens für das Grundbuchrecht vgl. Regelsberger Studien 131.

[136] Pr. E.E.G. § 9; Dernburg P. P.R. 1. § 202, 15; Anhalt Gr.B.G. § 10; Bayern H.G. § 26 Nr. 4; Württemberg Pf.G. Art. 72 und 88. Ueber den Begriff der Entgeltlichkeit vgl. Erk. R.G. 8/7 80. Sammlg. II. 71.

[137] Sachsen B.G.B. § 278; Altenburg und beide Reuß H.O. § 20; Hamburg H.O. § 3; Lübeck H.O. § 16. Der gleiche Grundsatz gilt nach Mecklenburgischem Recht Meibom H.R. § 10, 10 und nach Oesterreichischem Recht Exner, Publicitätsprincip 62—69.

[138] Vgl. oben Note 48, 57, 73.

[1] Vgl. Aubry § 207. 209; Zachariä § 207. 208.

[2] Zachariä § 205—208.

Digitized by Google

Inſkriptionsregiſter von dem Hypothekenbewahrer geführt wird [3], iſt ein geſondertes Regiſter, in welches die auf die Uebertragung von Grundeigenthum bezüglichen Verträge täglich eingetragen werden [4]. Die Einſchreibung geſchieht wie beim Inſkriptionsregiſter durch wörtliche Eintragung der Vertragsurkunden. Die Eintragung iſt nach den Beſtimmungen des Code civil [5] nicht obligatoriſch [6]. Sie iſt ohne Beziehungen zu dem Eigenthumsübergang [7], ſie hat vielmehr nur den Zweck, dem Erwerber die Möglichkeit einer Befreiung der Liegenſchaft von den darauf haftenden Unterpfändern zu bieten (Reinigungsverfahren) und die weitere Eintragung früher entſtandener noch nicht inſkribirter Pfandrechte zu hindern [8]. Dieß iſt in den einzelnen Rechtsgebieten in nachſtehender Weiſe modificirt:

1. In Elſaß-Lothringen gilt das Transſkriptionsgeſetz 23/3 1855 [9], nach welchem die Unterlaſſung der Transſkription der bisher dem Transſkriptionszwang unterworfenen Akte außerdem mit dem Nachtheil bedroht iſt, daß die daraus ſich ergebenden Eigenthumsrechte vor erfolgter Transſkription Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können [10], und die Transſkriptionspflicht überdieß auf die anderen dinglichen Rechte ſowie auf länger dauernde Miethverträge ausgedehnt [11] und hinſichtlich aller dieſer

---

[3] Vgl. unten Note 19.

[4] Ueber die Führung des Transſkriptionsregiſters vgl. Zachariä § 207; Jonas Studien 65. Für die Transſkription eignet ſich ſowohl eine Privaturkunde als eine öffentliche Urkunde. Zachariä § 207, 5.

[5] C. c. Art. 2182—2192. Dieſe kommen unverändert zur Anwendung in der Preußiſchen Rheinprovinz und der Bayriſchen Pfalz.

[6] Eine Ausnahme iſt nur begründet für Immobilienſchenkungen, welche zu ihrer Gültigkeit Dritten gegenüber der Transſkription bedürfen. C. c. Art. 539. In allen anderen Fällen ſteht die Erwirkung der Transſkription in dem Belieben der Intereſſenten.

[7] Dieſer wird nach dem Recht des Code civil durch den bloßen Vertrag vermittelt. Vgl. unten § 257.

[8] C. c. Art. 2166. 2180 Nr. 3. 2181. C. de pr. Art. 834. Zachariä § 208; Aubry § 208.

[9] Vgl. über dieſes Jonas Studien aus dem Gebiet des franzöſiſchen Civilrechts 1870. 60 u. 116; Aubry § 209; Philippi, Verſuch über das Hypothekenrecht in der preußiſchen Rheinprovinz 88—91.

[10] Aubry § 209 C.

[11] Jonas Studien 69; Philippi, Verſuch 90.

Digitized by Google

Rechtsverhältnisse die Transskriptionspflicht auch für die durch richterliche Urtheile begründeten Veränderungen bestimmt ist [12].

2. In dem Großherzogthum Baden ist die Transskription von Liegenschaftskäufen schon durch das Landrecht als Voraussetzung der gerichtlichen Geltendmachung und Pfandverschreibung vorgeschrieben und angeordnet, daß der Käufer alle bis zur Transskription vom vorigen Eigenthümer darauf noch kommenden Pfandrechte gegen sich gelten lassen müsse [13]. Ebenso müssen der Liegenschaftserwerb aus Schenkungen, Verlassenschaften, Vermögensübergaben und Verpfründungsverträgen in das Transskriptionsregister eingetragen werden [14], und es findet dieß auf alle Erwerbungen von Immobilien aus irgend einem Rechtstitel sowie auf den Erwerb anderer dinglicher Rechte, welche selbstständig und der Verpfändung fähig sind, Anwendung [15]. Die Grundbücher werden, wie die französischen Transskriptionsregister, chronologisch geführt und enthalten den betreffenden Vertrag mit der ortsgerichtlichen Gewährung, die darin besteht, daß die buchführende Behörde nach vorgängiger Untersuchung bestätigt, daß nach dem Inhalt des Grundbuchs der Autor als Eigenthümer eingetragen sei [16].

3. In der Provinz Rheinhessen werden für jede Gemarkung Flurbücher angelegt, welche als Beweismittel des Besitzstandes dienen und als Grundbuch geführt werden. Uebertragungen von Grundeigenthum durch Vertrag erhalten Wirksamkeit gegen Dritte erst mit der Eintragung in das für jede Gemarkung besonders zu führende und mit dem Grundbuch in Verbindung stehende Mutationsverzeichniß, in welches jeder andere Eigenthumsübergang eingetragen wird [17].

---

[12] Aubry § 209, 37.

[13] Baden L.R. Art. 1583 a.

[14] Baden L.R. Art. 1002 a; V. 3/4 1855 und 7/5 1857; Heinsheimer, H.R. § 4, 2.

[15] Baden Einführungsedikt II. § 25; Heinsheimer, H.R. § 4. II.

[16] Anleitung zur Führung der Grund- und Pfandbücher im Großherzogthum Baden 1868; Beck, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften 1831; Scheuermann, die Erwerbung des Grundeigenthums und dessen Eintragung in öffentliche Bücher 1857; Heinsheimer, H.R. § 4, I und § 12; Behaghel § 82.

[17] Gesetz 13/4 1824; 29/10 1830; 6/6 1879; Lippold, H.R. § 2.

Digitized by Google

II. Das Inskriptionsregister wird

1. in dem Rechtsgebiet des Code civil [18] von dem Hypothekenbewahrer geführt [19]. Die Inskription erfolgt wie die Transkription in chronologischer Reihenfolge der Anmeldungen auf Antrag des Gläubigers unter Vorlage eines in Duplikat einzureichenden Bordereau, in welchem die Bezeichnung des Gläubigers, des Schuldners, des Titels, des Capitals und des Immobiles, auf welches die Inskription gesucht wird, enthalten ist [20]. Die Inskription ist nur erforderlich für Immobiliar-Privilegien, die Legalhypothek des Staats, gerichtliche Hypotheken und Conventionalhypotheken [21], und nur zur Wirksamkeit gegen Dritte [22]; für die gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen und Minderjährigen ist sie zwar vorgeschrieben aber der Bestand des Rechts ist von der Inskription nicht abhängig [23].

2. In Baden werden die Pfandbücher regelmäßig von den Gemeinderäthen als Gewähr- und Pfandgericht geführt [24]; in den unter die Städteordnung fallenden Städten sind besondere Grund- und Pfandbuchsführer aufgestellt [25]. Für die Inskription gelten nach Badischem Recht die gleichen Grundsätze, wie nach dem Code civil [26]. Auch nach Badischem Recht hat die Bestimmung, daß die gesetzlichen Hypotheken der Minderjährigen und Ehefrauen eingetragen werden sollen, nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift [27]. Nach Badischem Recht bedürfen richterliche Unterpfandsrechte [28], Vorzugsrechte [29] und bedungene Unterpfandsrechte zur

---

[18] C. c. Art. 2146—2156; Puchelt, H.R. § 57, 63. 70. Es gehört dahin: Elsaß-Lothringen, die Preußische Rheinprovinz und die Bayrische Pfalz. Ueber die Funktion der Hypothekenbewahrer vgl. Zachariä § 268; Puchelt, H.R. § 80.

[19] Puchelt, H.R. § 58—60.

[20] C. c. Art. 2148. 2150.

[21] C. c. Art. 2106. 2134; Puchelt, H.R. § 25, 45, 10 und § 61.

[22] C. c. Art. 2106. 2114; Puchelt, H.R. § 74.

[23] Das Gebot der Eintragung im C. c. Art. 2136 ist nur eine Ordnungsvorschrift; Puchelt, H.R. § 38.

[24] Baden E.E. II. Nr. 26; Heinsheimer, H.R. § 9.

[25] Ges. 24/6 1874; Heinsheimer, H.R. § 14, 3.

[26] Baden L.R. Art. 2148—2150; Behaghel § 263, IV.

[27] Behaghel § 262 Nr. 2; Beck, dingliche Rechte § 80.

[28] Diese waren durch E.E. II. Nr. 26 ausgeschlossen, wurden aber durch V. 3/5 1811 wieder eingeführt. Heinsheimer, H.R. § 3, 43. Da bei diesen

Digitized by Google

Wirksamkeit gegen den neuen Erwerber des Objekts und Erhaltung des Vorzugsrechts gegenüber anderen eingetragenen Gläubigern der Eintragung. Während aber bei den Vorzugsrechten und richterlichen Unterpfandsrechten die Unterlassung der Eintragung nur Ausschließung dieser Wirkung zur Folge hat, ist bei bedungenen Unterpfandsrechten die Entstehung des Pfandrechts von der Eintragung abhängig [30].

3. Hessen-Darmstadt. Durch Gesetz 5/5 1878 ist unter Aufhebung der Bestimmungen des Code civil die Einrichtung von Hypothekenamtsbezirken in Aussicht genommen und diese durch V. 26/8 1879 ausgeführt. Für die Führung der Inskriptionsregister sind die Bestimmungen des Code civil maaßgebend geblieben, und es sind nur durch A.G. zur D. C.P.O. 4/6 1879 einzelne Bestimmungen desselben hinsichtlich der Vorzugsrechte und Unterpfandsrechte modificirt [31].

III. Das Zwangsversteigerungsregister [32].

Zu den unter I—III aufgeführten Registern, welche als Formalitätenregister bezeichnet werden, werden als Hilfsregister das Repertorium, das Namensregister, das Depotregister und das Tagebuch oder Ordreregister geführt [33].

---

eine Pfandurkunde nicht ausgestellt wird, so ist auch ihre Geltung von der Eintragung nicht bedingt. Heinsheimer, H.R. § 5, 44.

[29] Diese soweit sie überhaupt inskriptionspflichtig sind, bedürfen nach Badischem Recht der Eintragung nur soweit sie nicht in das Grundbuch eingetragen sind. Anleitung § 113; Beck, dingliche Rechte § 61. Die Eintragung setzt voraus, daß das Vorzugsrecht bereits bestehe. Baden L.R. Art. 2148; Heinsheimer, H.R. § 13, V.

[30] Nach Baden E.E. II. Nr. 26 bedürfen bedungene Unterpfandsrechte zu ihrer Entstehung der Eintragung. Heinsheimer, H.R. § 5, 16. Der Grund ist, weil nach Badischem Recht die Ausfertigung der Pfandurkunde, von welcher nach Baden L.R. Art. 2127 die Entstehung des bedungenen Unterpfandrechts abhängt, erst nach vollzogener Eintragung in das Pfandbuch erfolgt. Heinsheimer, H.R. § 5, 26.

[31] A.G. zur C.Pr.O. 4/6 1879; Art. 100—109.

[32] C. de pr. Art. 677; Puchelt § 57.

[33] Puchelt, H.R. § 57.

Digitized by Google

Buch 2.

Der Besitz[1].

§ 224.

I. Begriff und Inhalt.

Der Besitz ist Sachbesitz oder Rechtsbesitz. Sachbesitz ist die thatsächliche Herrschaft über eine Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen[2] mit dem Willen, sie wie ein Eigenthümer für sich zu haben[3]. Das thatsächliche bewußte[4] Innehaben ohne den Willen

---

[1] Savigny, Recht des Besitzes (7) 1865; Bruns, Recht des Besitzes 1848; Bruns, Besitzklagen 1874; Puchta, Besitz in R.L. II. 41 f.; Lenz, das Recht des Besitzes 1860; Becker, Recht des Besitzes 1880; Randa, Recht des Besitzes (3) 1879; Ihering, Grund des Besitzschutzes 1869; Meischeider, Besitz und Besitzschutz 1876; Windscheid § 148—164, § 464; Sintenis, C.R. §. 42—46, § 124; Vangerow § 198—210, § 336, 690; Brinz, Pandekten (2) § 135—142, § 181—184; Stobbe, P.R. § 72—77; Beseler, P.R. § 79, 80; Koch, Besitz (2) 1839 und P. P.R. § 165—185; Förster Eccius § 147—165; Dernburg P. P.R. I. § 148—162; Bornemann, System I. 212—274; Baron, Abhandlungen aus dem Preußischen Recht 1860 1—47; Heydemann, Einleitung I. 324 f.; Gruchot über Besitz Abh. IV. 312 f. 433 f. V. 291 f. 467 f.; Zusammenstellung der Grundsätze über das possessorium Pr. J.M.Bl. 1854 101 f.; Bertram, Nassauisches P.R. § 31 f.; Falck, Schleswig-Holsteinisches P.R. IV. § 11; Platner, Kurhessisches Sachenrecht § 5, 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 129—134; Lang, Württembergisches Sachenrecht § 3—14; Curtius, Handbuch II. § 465 f.; Schmidt, Vorlesungen § 45—49; Post, Bremisches C.R. II. 1 § 34—41; Zachariä § 184—192; Aubry § 177—189. Da die Gestaltung der Besitzverhältnisse in dem älteren deutschen Recht in der Form der Gewere des Zusammenhangs mit dem gegenwärtig geltenden Recht entbehrt, so kann auf die Darstellung derselben nicht näher eingegangen werden, da ich nach dem Plan meines Werks die Grundsätze des älteren deutschen Rechts nur insoweit berücksichtige, als sie die Grundlage des gegenwärtig geltenden Rechts bilden.

[2] Windscheid § 151, 2.

[3] Man bezeichnet dieß als animus domini oder Eigenthumswillen Savigny, Besitz 110, 128, 246; Windscheid § 149, 5; Randa, Besitz § 1, 13; Bayr. L.R. II. 5, 1; Sachsen B.G.B. 186; Oesterreich A.B.G.B. § 309. Auch für das französische Recht wird dieß angenommen C. c. Art. 2228; Zachariä § 185 a, 4. Das Pr. L.R. I. 7. 5 unterscheidet vollständigen und unvollständigen Besitz und setzt nur bei ersterem den Eigenthumswillen voraus unten Note 16, 17; das Oesterreichische und Französische Recht dagegen kennen nur Sachbesitz mit dem animus domini Meischeider, Besitz 126.

[4] Die Detention im technischen Sinn setzt nicht nur Bewußtsein, sondern

Digitized by Google

des Eigenthümers ist Detention [5]. Rechtsbesitz ist die einmal thatsächlich bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechts [6].

auch den Willen voraus, für sich oder andere zu detiniren Bruns, Besitz 466; Gruchot, Beiträge IV. 322. Ein Innehaben ohne Bewußtsein oder ohne die Absicht des Innehabens ist ein bloß faktisches, kein Rechtsverhältniß Windscheid § 148, 3; Förster Eccius § 157, 28; § 162, 5. Für das Preußische Sächsische und Oesterreichische Recht zieht dieß in Abrede Randa, Besitz § 1, 11.

[5] Die Quellen bezeichnen dieß im Gegensatz zum juristischen Besitz als naturalis possessio l. 3 § 3 D. 41, 2; l. 10 § 1 D. 41, 2; Savigny, Besitz 71; Windscheid § 148, 12; jetzt ist die Bezeichnung Detention oder Gewahrsam gewöhnlich Bayr. L.R. II. 5, 2; Pr. L.R. I. 7. 1. 2 und 4; Sachsen B.G.B. § 186; Oesterreich A.B.G.B. § 309. Eine solche Detention haben gemeinrechtlich der Usufruktuar, der Usuar, der Prekarist, der Commodatar, der Faustpfandgläubiger, der Sequester, der Emphyteuta, der Lehensmann und der Pächter und Miether, wobei jedoch einzelnen derselben ausnahmsweise die Interdikte zustehen (abgeleiteter Besitz unten Note 13). Das Preußische Recht gibt einzelnen die gemeinrechtlich als Detentoren in fremdem Namen angesehen werden unvollständigen Besitz unten Note 20. Ueber die Unterscheidung der possessio civilis und naturalis vgl. Vangerow § 199, 1; Brinz, Pandekten (2) § 136, 1; Randa, Besitz § 4, 6; Förster Eccius § 157, 36. Einen anderen Begriff der Unterscheidung hat Bayr. L.R. II. 5. 2. Es bezeichnet als civilis possessio die gemeinrechtlichen Fälle der civilis und naturalis possessio, indem es für die letztere Rechtsbesitz annimmt, als Detention aber das Innehaben ohne die Absicht ein eigenes Recht auszuüben, wie z. B. bei dem Mandat und Depositum Erk. München 28/1 1871 Sammlg. VII. 318; 27/5 1876 Sammlg. VI. 20; 12/7 1881 Sammlg. IX. 82. Ausdrücklich sagt Kreittmayr, Anm. 2c zu L.R. II. 5. 2: „diese letztere (possessio civilis,) bestehet nach unserem Codice in einem solchen Innehaben, welches entweder nur animo allein . . . oder aber corpore et animo zugleich und zwar in der Absicht, entweder auf das Eigenthum selbst oder wenigst auf ein jus reale wie bei Pfandinhabern und Nutznießern, oder gar auf ein jus personale wie bei Pächtern geschieht, denn man siehet wohl die geringste rationem disparitatis nicht, warum derjenige, welcher eine Sache nur in Absicht auf ein jus reale oder personale inne hat nicht eben so gut als ein anderer Inhaber, der sein Absehen auf das Eigenthum richtet respectu illius juris et eatenus quatenus illud animo sibi habendi possidet pro possessore civili geachtet werden solle." Die von Bruns, Besitz 436 aufgestellte Ansicht, daß das Bayrische und Preußische Recht hier übereinstimme, kann ich nicht theilen, da das Bayrische Recht den Begriff des unvollständigen Sachbesitzes nicht kennt.

[6] Randa, Besitz § 2, 6. In den gemeinrechtlichen Quellen findet sich nur der Ausdruck quasipossessio l. 3 pr. D. 41. 2; l. 10 pr. D. 8. 5; Bayr. L.R. II. 5. 2. Der Ausdruck Rechtsbesitz gehört der neueren Rechtssprache an und ist vermuthlich durch den Pr. L.R. I. 7. 77 gebrauchten Ausdruck „Besitz eines Rechtes" entstanden. Er findet sich auch Sachsen B.G.B. § 556.

Digitized by Google

Der Besitz hat rechtliche Bedeutung, insoferne er durch besondere Klagen geschützt ist und sofort oder nach längerer Dauer Eigenthum gewähren kann. Ob er als ein Recht aufzufassen sei ist bestritten [7].

Eintheilungen des Besitzes sind:

1. nach dem Bewußtsein in redlichen und unredlichen Besitz, jenachdem der Besitzer meint ein Recht zum Besitz zu haben oder nicht [8];

2. nach der Begründung in rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz [9];

3. nach der Erwerbshandlung in fehlerhaften und fehlerfreien Besitz [10];

4. nach den Wirkungen in Usukapionsbesitz und nicht Usukapionsbesitz [11];

5. in wirklichen und fingirten Besitz, jenachdem jemand wirklicher Besitzer ist oder nur als solcher behandelt wird [12].

---

[7] Vgl. über diese Frage die Literatur bei Vangerow, § 196 und Savigny, Besitz Anhang Nr. 19; ferner Randa, Besitz § 3; Windscheid § 150; Ihering, über den Grund des Besitzschutzes 1869; Förster Eccius § 157, 3; Meischeider, Besitz 29—71; Sintenis, C.R. § 42, 8.

[8] l. 3 § 22 D. 41. 2; Savigny, Besitz 103; Sintenis, C.R. § 42, 33; Bayr. L.R. II. 5. 3; Pr. L.R. I. 7. 11; Sachsen B.G.B. § 188; Oesterreich A.B.G.B. § 326. Als unrechtfertigen Besitz bezeichnet Pr. L.R. I. 7. 14 den auf Rechtsunwissenheit beruhenden Besitz und stellt ihn dem unredlichen Besitz gleich, obwohl es ihn in einzelnen Beziehungen milder behandelt als diesen vgl. über diese dem Preußischen Recht eigenthümliche Unterscheidnng Förster Eccius § 163, 25.

[9] Sintenis, C.R. § 42, 25; Pr. L.R. I. 7. 10; Sachsen, B.G.B. § 187; Oesterreich A.B.G.B. § 316.

[10] Die Quellen unterscheiden justa und injusta possessio und rechnen zu dem letzteren den Besitz der vi clam oder precario erworben ist l. 1 § 9, l. 2 D. 13. 17; Savigny, Besitz 102; Randa, Besitz § 7c, 1; Sintenis, C.R. § 42, 25; Pr. L.R. I. 7. 96; Förster Eccius § 160, 140; Sachsen B.G.B. § 190; Oesterreich A.B.G.B. § 346.

[11] Savigny, Besitz 69—101; Meischeider, Besitz 77; Förster Eccius § 157, 36. Eine andere Bezeichnung ist vollständiger titulirter oder rechtmäßiger Besitz Pr. L.R. I. 7. 10; Sachsen B.G.B. § 187; Oesterreich A.B.G.B. § 316.

[12] Das letztere liegt vor bei dem qui dolo desiit possidere und qui liti se obtulit Windscheid § 193, 8 und § 196, 8; Sintenis, C.R. § 42, 37; Pr. L.R. I. 15. 12—15; Förster Eccius § 157, 43. Ueber den Begriff des qui dolo desiit possidere vgl. Erk. Celle 11/12 1860 T.E. V. 18; Erk. O.Tr.

Digitized by Google

6. Gemeinrechtlich unterscheidet man nach der Willensrichtung ursprünglichen oder abgeleiteten Besitz, wenn nämlich der Besitzer, obwohl er den sonst dazu erforderlichen animus domini nicht hat, ausnahmsweise kraft einer besonderen gesetzlichen Bestimmung den Interdiktenschutz, wie der ursprüngliche Besitzer, ansprechen kann[13]. Das Sächsische[14] und Oesterreichische Recht[15] haben diese Unterscheidung verworfen. Das Preußische Recht hat der gemeinrechtlichen Unterscheidung die des vollständigen und unvollständigen Besitzes substituirt[16]. Vollständiger Besitz liegt vor, wenn jemand eine Sache als seine eigene besitzt, während unvollständiger Besitzer Derjenige ist, der eine Sache zwar als fremdes Eigenthum aber mit der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, besitzt. Mit der Unterscheidung des ursprünglichen und abgeleiteten Besitzes kann die des vollständigen und unvollständigen Besitzes schon deßhalb nicht verglichen werden, weil bei dem letzteren die Besitzklagen beiden Besitzern zustehen[17], während bei dem ersteren die Interdikte nur für den abgeleiteten nicht für den ursprünglichen Besitz gegeben sind[18]. Ebensowenig fällt die Unterscheidung mit der gemeinrechtlichen in Civil- und Naturalbesitz zu-

---

Berlin 7/2 1878 Sf. XXXIII. 358; München 21/6 1880 Sammlg. VIII. 170, und des qui liti se obtulit Erk. München 30/10 1873 Bl. XXXVIII. 408.

[13] Savigny, Besitz 119; Förster Eccius § 157, 31; Windscheid § 149, 7 und § 154; Randa, Besitz § 1, 24; Meischeider, Besitz 9—22. Savigny, Besitz 293 f. rechnet dazu den Besitz des Pfandgläubigers, Prekaristen, Sequesters und das Emphyteuta, Bangerow § 200 Anm. 1 und Bruns, Besitz 8, 9 auch den des Superficiar; indessen ist dieß nicht unbestritten. Windscheid § 154 rechnet nur Pfandgläubiger, Prekarist und Sequester, Puchta, Besitz in Weiske, R.L. II. 48 nur Pfandgläubiger und Sequester hieher.

[14] Nach Sachsen B.G.B. § 208 steht die Besitzklage jedem zu, der eine Sache zur Benutzung oder zum Zweck seiner Sicherung innehat; es ist also zu der gemeinrechtlichen Unterscheidung keine Veranlassung gegeben.

[15] Das Oesterreichische Recht läßt Sachbesitz nur zu mit faktischem Eigenthumswillen Randa, Besitz § 1, 17 und 24.

[16] Pr. L.R. I. 7. 6 und 7. Vgl. über diese Unterscheidung Koch, Besitz 42 f.; Förster Eccius § 137, 33 und § 160, 14; Meischeider, Besitz 124; Randa, Besitz § 1, 13; Gruchot, Beiträge IV. 326.

[17] Vgl. unten § 229, 20. Ich kann deßhalb der Meinung von Heydemann, Einleitung I. 328 der unvollständige Besitz sei als eine Generalisirung des abgeleiteten Besitzes anzusehen nicht beistimmen.

[18] Vgl. oben Note 13.

Digitized by Google

sammen[19], sie beruht vielmehr darauf, daß der Rechtsbesitz sich verschieden gestaltet, jenachdem er mit der Gewahrsam der Sache verbunden ist oder nicht. Rechtsbesitz der mit der Gewahrsam der Sache verbunden ist, ist unvollständiger Sachbesitz. Derjenige, bei dem dieß nicht der Fall ist, ist bloßer Rechtsbesitz[20]. Die Unterscheidung beschränkt sich auf den Sachbesitz[21].

7. Eigenthümlich ist dem Oesterreichischen Recht der Begriff des Tabularbesitzes, worunter die Thatsache der Eintragung eines Rechts in das Grundbuch zu verstehen ist[22].

§ 225.

II. Wirkungen des Besitzes.

Die ältere Doktrin rechnete zu den Wirkungen des Besitzes eine Reihe von Verhältnissen, welche theils mit dem Besitz als solchem gar nicht zusammenhängen, theils gar nicht privatrechtlicher Natur sind[1]. Indessen hat die neuere Doktrin die dem Besitz nicht eigenthümlichen Verhältnisse ausgeschieden, und es werden daher zu den Wirkungen des Besitzes nicht mehr gerechnet:

1. das Recht der Selbsthilfe, nämlich das Recht, Gewalt mit

[19] Dieß war nach Koch Besitz 43, 5 und Förster Eccius § 157, 35 der Gedanke bei Herstellung der Bestimmung. Allein beide Unterscheidungen decken sich nicht vgl. Koch Besitz 35, Förster Eccius § 157, 36, schon weil nach gemeinem Recht der Naturalbesitzer nicht für sich, sondern für den Civilbesitzer besitzen will.

[20] Bornemann, System I. 234. Unvollständiger Sachbesitz wird nach Preußischem Landrecht angenommen beim Faustpfand, Nießbrauch, Erbpacht, Commodat, Pacht und Miethe und Culturnutzung; Förster Eccius § 159, 23; Korte in Gruchot V. 108. Ueber die Fälle, in welchen nach Preußischem Recht Rechtsbesitz angenommen wird vgl. unten § 227, 77.

[21] Pr. L.R. I. 7. 6 setzt die Möglichkeit eines unvollständigen Rechtsbesitzes voraus; dieser Gedanke wurde jedoch nicht durchgeführt, der Rechtsbesitz kommt vielmehr immer nur als vollständiger vor Bornemann, System I. 235. Vgl. unten § 227, 10.

[22] Randa, Besitz § 5; Unger, Ö. P.R. § 104, 105. Kindel in Gruchot XXII. 464 f. Im Gegensatz zum Tabularbesitz wird nach Oesterreichischem Recht der gewöhnliche Besitz Naturalbesitz genannt Randa, Besitz § 3, 1.

[1] Man specialisirte früher die „Besitzvortheile" wie man die Wirkungen des Besitzes nannte in der Art, daß man 72 Nummern zählte. Randa Besitz § 6, 3.

Digitized by Google

Gewalt abzuwehren [2], was aber keineswegs auf den Besitzer beschränkt ist, sondern auch dem Detentor zukommt [3];

2. der Vorzug des Besitzers bei dem Streit über das Eigenthum, wenn der Nichtbesitzer keinen Beweis liefern kann, welcher Vortheil aber überhaupt dem Beklagten zukommt, also nicht dem Besitz eigenthümlich ist [4];

3. Befreiung des Besitzers von Angabe und Nachweis seines Titels, was nur als Consequenz des Grundsatzes erscheint, daß wer einen Anspruch erhebt, den zur Begründung desselben erforderlichen Nachweis jedem Beklagten, nicht bloß dem Besitzer gegenüber zu führen hat [5];

4. die rechtliche Vermuthung des giltigen Titels [6], die nichts dem Besitz eigenthümliches hat, sondern nur die Consequenz des Grundsatzes ist, daß der Kläger den Beweis zu führen hat, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Titels des Beklagten behauptet [7];

---

[2] Vgl. Schäffer, Beiträge zur Lehre von der Selbsthilfe in Beziehung auf das Interdictum quod vi aut clam A. f. Pr. R.W. I. 1. 1. Das Bayr. L.R. II. 5. 8 Nr. 1. Pr. L.R. I. 7. 142 und Oesterreich. A.B.G.B. § 344 führen das Recht der Selbsthilfe noch unter den Rechtswirkungen des Besitzes auf.

[3] Savigny Besitz 37. Randa Besitz § 6. 7. Sachsen B.G.B. § 181. Auch nach französischem Recht hat der Detentor das Recht der Selbstvertheidigung Zachariä § 184, 1. Im älteren sächsischen Recht war die Selbsthilfe durch Generale 19/2 1789 verboten und mit Verlust des Besitzstandes bedroht Haubold P. R. § 166a. Beim Servitutenbesitz ohne körperliches Innehaben ist die Selbsthilfe ausgeschlossen. Elvers Beschränkung des Rechts der Selbsthilfe A. f. Pr. R.W. VII. 62.

[4] Savigny Besitz 36; Windscheid § 148, 4; Randa Besitz § 6, 23. Bayr. L.R. II. 5. 8 Nr. 3, Pr. L.R. I. 7. 161 und Oesterreich A.B.G.B. § 324 stehen noch auf dem älteren Standpunkt.

[5] Savigny Besitz 36, 1. Bayr. L.R. II. 5. 8 Nr. 4. 5 und Pr. L.R. I, 7, 180 führen dieß noch als Wirkung des Besitzes auf. Für das Bayrische Landrecht hat dieß insoferne praktischen Werth als bei der actio negatoria der Beklagte, der im Besitz der Servitut ist, von dem Beweis der Erwerbung derselben befreit ist. Erk. München 18/2 1873 Sammlung III. 125.

[6] Dieß ist als Wirkung des Besitzes aufgeführt Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 6, Pr. L.R. I. 7. 179. Oesterreich A.B.G.B. § 323. Bornemann System I. 262 und Dernburg P. P.R. I. § 156, 3. halten nach Preußischem Recht die Präsumption für die Rechtmäßigkeit des Titels in der Art für begründet, daß der Besitzer als vorläufig legitimirt erscheint; s. dagegen Randa Besitz § 6, 10.

[7] Savigny Besitz 36, 1; Koch Besitz 95; Randa Besitz § 6, 10.

Digitized by Google

5. das Retentionsrecht[8], das aber nur als Anwendung der exceptio doli erscheint, und auch dem Inhaber zusteht[9];

6. Zulässigkeit der Publicianischen Klage[10], die sich jedoch nicht auf den Besitz als solchen sondern auf das vermuthliche Eigenthum des Klägers gründet[11]. Als Wirkungen des Besitzes sind vielmehr nur folgende[12] aufzuführen:

1. der Besitz kann unter bestimmten Voraussetzungen durch seine Dauer zum Eigenthumserwerb führen (Usukapionsbesitz)[13].

2. Unter bestimmten Voraussetzungen ist bei Occupation und Tradition in dem Besitzerwerb Eigenthumserwerb gegeben[14].

3. Der redliche Besitzer wird Eigenthümer der gezogenen Früchte[15].

4. Der Besitzer hat gegen Störung oder Entziehung des Besitzes gerichtlichen Schutz anzusprechen[16].

---

[8] Bayr. L.R. II. 5. 8 Nr. 7; Pr L.R. I. 20. 536. 537.

[9] Savigny Besitz 38; Randa Besitz § 6, 24; Förster Eccius § 162, 16.

[10] Pr. L.R. I. 7. 161; Oesterreich A.B.G.B. § 372.

[11] Savigny Besitz 34; Koch Besitz 102; Randa Besitz § 6, 26.

[12] Noch weiter reduciren Puchta R.L. II. 45, Sintenis C.R. § 42, II und Meischeider Besitz 26 die Rechtswirkung, indem sie nur dem Besitzschutz diese Eigenschaft zuerkennen, und Randa Besitz 6, 30 der nur Besitzschutz und Ausschließung der Aufforderungsklage als solche annimmt.

[13] Vgl. unten § 250—252. Es ist dieß materiell die wichtigste Folge des Besitzes und wird als solche anerkannt von Savigny Besitz 29; Windscheid § 148, 8; Koch Besitz 63, 15; Dernburg P. P.R. I, § 156, 1. Dagegen erklären sich Puchta R.L. II. 44; Randa Besitz § 6, 27; Förster Eccius § 162, 12 weil die Ersitzung nicht Wirkung des Besitzes als solchen sondern eines besonders qualificirten Besitzes sei.

[14] Windscheid § 143, 9; Arndts § 135 f.; Dernburg P. P.R. I § 156, 1. Auch dieß wollen nicht als Wirkung des Besitzes anerkennen Savigny Besitz 34, Puchta R.L. II. 44, Randa Besitz § 6, 25 weil der Erwerb des Eigenthums nicht Folge des Besitzes als eines dauernden Zustandes sondern Folge der Besitzergreifung sei; s. dagegen Windscheid § 143, 9.

[15] Dieß gilt nach Preußischem, Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht unten § 249, 21—24. Auch nach gemeinem Recht ist dieß anzunehmen unten § 249, 18. Nach einer anderen Ansicht hat er daran nur bonae fidei possessio unten § 249, 19 und von diesem Standpunkt aus erklärt sich Savigny Besitz 35 gegen die Annahme, daß der Fruchterwerb als Rechtswirkung des Besitzes anzusehen sei. Als Wirkung des Besitzes führen den Fruchterwerb ausdrücklich auf Pr. L.R. I. 7, 189 und Oesterreich A.B.G.B. § 330.

[16] Savigny Besitz 30; Windscheid § 148, 5; Randa Besitz § 6, 4. Dieß

Digitized by Google

5. Ungerechtfertigte Entziehung des Besitzes gewährt einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung [17].

6. Nach Oesterreichischem Recht kann der Besitzer eines Rechts nicht mit der Aufforderungsklage zur Darlegung seines Rechts provocirt werden [18].

---

§ 226.

III. Voraussetzungen des Besitzes.

Für die subjektiven und objektiven Voraussetzungen des Besitzes gelten folgende Grundsätze:

I. Subjekte des Besitzes:

1. Jedes vermögensfähige Rechtssubjekt ist besitzfähig [1]. Bei physischen Personen bildet die Vermögensfähigkeit, daher auch die Besitzfähigkeit die Regel [2]. Eine Ausnahme gilt für Religiosen, welche nach Ablegung der Klostergelübde theils überhaupt nicht [3], theils nur für das Kloster [4] und auch für dieses nur in dem

wird als Wirkung des Besitzes jetzt allgemein anerkannt, vgl. oben Note 12. Ueber die verschiedenen Meinungen, was als Grund des Besitzschutzes anzusehen sei vgl. Savigny Besitz 55; Windscheid § 148, 6; Randa Besitz § 6, 5 und § 8; Meischeider Besitz § 7—14; Bruns Besitzklagen § 26. 27; Dernburg P. P.R. I. § 155, 9.

[17] Windscheid § 148, 7 und § 161; Meischeider Besitz § 15. Die Lehre von der condictio possessionis ist in das Obligationenrecht zu verweisen.

[18] Oesterreich A.B.G.B. § 324; Randa Besitz § 6, 6.

[1] l. 23 § 1, l. 49 § 1 D. 41, 2; Sintenis, C.R. § 43, 1.

[2] Nach römischem Recht waren Hauskinder besitzunfähig l. 49 § 1 D. 41, 2, was aber dem heutigen Recht nicht mehr entspricht. Windscheid § 152, 1; Förster Eccius § 158, 2.

[3] Dieß gilt nach Preußischem Landrecht für alle Ordenspersonen vgl. oben § 70, 34; Dernburg P. P.R. I. § 150, 3; nach Bayrischem Landrecht für die Mitglieder der Mendikantenorden allgemein Roth, Bayr. C.R. (2) § 33, 6; nach Bayrischem Recht für die anderen Religiosen für die die pragmatische Summe übersteigenden Gegenstände Roth, Bayr. C.R. (2) § 33, 9 und oben § 70, 33.

[4] Dieß ist der Standpunkt des gemeinen Rechts Roth, Bayr. C.R. (2) § 33, 7. A.M. Arndt's Pandekten [§ 137 Anm. und Randa, Besitz § 9, 3a, die auf Grund der Bestimmung c. 6 X. 3, 35 alle Religiosen für besitzunfähig erklären, was mir jedoch aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu folgen scheint. Nach Oesterreichischem Recht sind Ordenspersonen nur erwerbs- nicht besitzunfähig Randa, Besitz § 9, 3 a.

Digitized by Google

durch die Amortisationsgesetze bestimmten Umfang besitzen können [5]. Nach Oesterreichischem Recht sind bestimmte Categorieen von Personen von dem Besitz bestimmter Sachen ausgeschlossen [6]. Dagegen ist die Besitzfähigkeit nicht von der Willensfähigkeit und Handlungsfähigkeit bedingt, der Mangel der ersteren und die Beschränkung der letzteren macht vielmehr nur Stellvertretung bei Erwerb [7] und Ausübung [8] des Besitzes erforderlich.

2. An demselben Gegenstand kann nicht gleichzeitiger Besitz des Ganzen für mehrere Personen begründet sein [9]. Dagegen ist an demselben Gegenstand Mitbesitz mehrerer Rechtssubjekte zu in-

---

[5] Vgl. oben § 70, 33.

[6] S. die Aufzählung bei Randa, Besitz § 9, 4.

[7] Vgl. unten § 228, 18 f.

[8] Dieß gilt für Wahnsinnige und Kinder unter 7 Jahren, welche immer der Vertretung bedürfen l. 1 § 3 D. 41, 2; Windscheid § 155, 13; Pr. L.R. I. 4. 20. 23; Pr. Geschäftsfähigkeitsgesetz § 1; Oesterreich A.B.G.B. § 310. Minderjährige über 7 Jahre bedürfen der Vertretung nur soweit mit der Ausübung die Uebernahme von Verbindlichkeiten verbunden ist vgl. oben § 65, 24; Förster Eccius § 158, 6. Nach Oesterreichischem Recht sind Minderjährige über 7 Jahre selbstständig besitzfähig. Oesterreich A.B.G.B. § 310; Randa, Besitz § 12, 146; § 20, 8. Gerichtlich erklärte Verschwender stehen den Minderjährigen über 7 Jahren gleich Randa, Besitz § 12, 15. Erk. Lübeck 12/2 1830 Sf. V. 24 stellt die Verwalter einer Debitmasse hinsichtlich der Vertretung des Cridars in Ausübung des Besitzes den Vormündern gleich. Juristische Personen sind durch ihre Vertreter besitzfähig l. 2 D. 41, 2; Savigny, Besitz 317; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 5. 3; Förster Eccius § 158, 23; Randa, Besitz § 12, 13. Dieß erstreckt sich jedoch nicht auf die ruhende Erbschaft l. 1 § 15 D. 47, 4; Randa, Besitz § 12, 14.

[9] l. 3 § 5 D. 41, 2; l. 5 § 15 D. 13, 6; Savigny, Besitz 170; Randa, Besitz § 16, 1; Meischeider, Besitz § 17; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 5. 14; Pr. L.R. I. 7. 1; Förster Eccius § 158, 7; Sachsen B.G.B. § 192; Oesterreich A.B.G.B. § 349. Der oben ausgesprochene Grundsatz war unter den römischen Juristen selbst streitig, indem Trebatius und Sabinus das Nebeneinanderbestehen von justa und injusta possessio verschiedener Subjekte für möglich hielten, während Labeo dieß in Abrede stellte, welche letztere Meinung gesetzlich recipirt ist Savigny, Besitz 173—178; Randa, Besitz § 16, 2; vgl. über diese Frage Windscheid § 152, 13; Meischeider, Besitz 133 f. Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, daß in Fällen des abgeleiteten Besitzes die Wirkungen des Besitzes getheilt sein können Windscheid § 152, 13. Das gleiche Verhältniß findet sich nach Preußischem Recht in dem Zusammentreffen des vollständigen und unvollständigen Besitzes Pr. L.R. I. 7. 124 und 169; Förster Eccius § 158, II.

Digitized by Google

tellektuellen Theilen zulässig [10]. Hier wird gemeinrechtlich zwar Feststellung der Theile [11] aber Ungetheiltheit der Besitzhandlungen vorausgesetzt; daher dürfen Mitbesitzer Besitzhandlungen nur gemeinschaftlich vornehmen [12], und haben gegen einander Besitzschutz anzusprechen [13]. Nach Preußischem Recht müssen nicht nur die Antheile bestimmt sein [14] sondern sie stehen auch selbstständig neben einander, indem sich jeder Mitbesitzer auf seinen Antheil verpflichten kann [15]. Verfügungen über den Besitz der gemeinsamen Sache können die Mitbesitzer indeß nur gemeinsam treffen [16], ebenso ist die Gewahrsam in der Regel eine gemeinsame [17]. Die gesetzlichen

---

[10] l. 26 D. 41, 2; Savigny Besitz 151; Windscheid § 152, 11; Kreittmayr Anm. zu L.R. II. 514: Pr. L.R. I. 7. 88; Förster Eccius § 158, 14; Sachsen B.G.B. § 192; Oesterreich A.B.G.B. § 833; Randa Besitz § 17, 15. Es findet dieß bei theilbaren Rechten auch Anwendung auf den Rechtsbesitz Pr. L.R. I. 7. 89.

[11] l. 32 § 2 D. 41, 3; Randa Besitz § 17, 17; Meischeider Besitz 217 f.; Erk. Berlin 6/10 1871 Sf. XXVIII. 11 (gemeinrechtlich). Nicht für erforderlich hält dieß für den Mitbesitz Mehrerer Windscheid § 152, 12. Die erstere Meinung ist angenommen Sachsen B.G.B. § 192 und im Oesterreichischen Recht Randa Besitz § 17, 17; ebenso für das Preußische Recht Meischeider Besitz 221; Förster Eccius § 158, 20; A. M. Dernburg P. P.R. I. § 150. 12.

[12] Windscheid § 152, 12; Randa Besitz § 17, 16a.

[13] l. 3 § 2 D 39, 1; l. 12 D. 10, 4. A. M. Buff A. f. Pr. R.W. III. 113 und damit übereinstimmend Erk. Wiesbaden 1862 Sf. XVII. 47; Cassel 1865 Buff A. f. Pr. R.W. III. 133, 42; dagegen Hesse A. f. Pr. R.W. IV. 124; Mischer A. f. C.Pr. LIX. 149; Windscheid § 152, 12; Randa Besitz § 7b, 16 und § 17, 16. Für die letztere Ansicht erklären sich Erk. Berlin 13/5 1859 Sf. XIV. 37; 16/5 1874 Sf. XXIX. 217; 8/8 1874 Sf. XXX. 232; München 22/6 1871 Sf. XXXII. 16; 2/11 1874 Sammlung V. 25. Ausdrücklich anerkannt ist dieselbe Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 4 und im Oesterreichischen Recht Randa Besitz § 7b, 16. Auch nach französischem Recht gilt derselbe Grundsatz Zachariä § 188, 8. Das Sächsische B.G.B. enthält keine Bestimmung.

[14] Pr L.R. I. 7. 46. Erk. O.Tr. 6/10 1871. Entsch. LXVI. 11. Koch Besitz 168; Förster Eccius § 158, 20; A. M. Dernburg P. P.R. 1 § 150, 12. Für die erstere Meinung spricht, daß wenn die Theile nicht festgestellt sind, sie als gleich gelten Pr. L.R. I. 17. 2; Förster Eccius § 158, 20.

[15] Pr. L.R. I. 7. 88; Förster Eccius § 158, 19; Koch Besitz 117.

[16] Pr. L.R. I. 17. 10.

[17] Pr. L.R. I. 17. 25. Ist dieß nicht möglich, so hat der Höchstbetheiligte, außerdem der, der die größte Sicherheit bietet oder der durch das Loos Bestimmte Anspruch darauf Pr. L.R. I. 17. 26—28; Förster Eccius § 182, 52.

Digitized by Google

Schutzmittel stehen nach Preußischem Recht den Mitbesitzern gegen einander nur zu, soweit es sich um gänzliche Ausschließung handelt, nicht aber bei Streitigkeiten über den Umfang der Antheile [18].

II. Gegenstand des Besitzes. Nach römischem Recht war der Besitz auf Sachen beschränkt, an Rechten war nur eine juris quasi possessio gegeben und zwar nur an solchen, die als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums dem dominium als der Totalität aller dinglichen Rechte entgegengesetzt werden [19]. Eine Ausdehnung erfolgte zunächst auf Grund der Bestimmungen des canonischen Rechts in der deutschen Praxis dahin, daß der Rechtsbesitz nicht nur dem Umfang nach erweitert, sondern auch dem Sachbesitz principiell gleichgestellt wurde, welcher letztere Grundsatz in unseren neueren Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannt ist [20]. Es werden daher hier die für den Sachen- und Rechtsbesitz geltenden Grundsätze vereinigt dargestellt.

1. Sachbesitz. Voraussetzung ist, daß die Sache des Besitzes fähig sei. Daher ist Besitz ausgeschlossen an verkehrunfähigen Sachen [21]; dem Verkehr entzogene Sachen stehen im Besitz des Staats und der Gemeinden [22], nicht aber im Besitz der einzelnen, denen der Gemeingebrauch daran zusteht [23]. Soweit indessen an

---

Nach Oesterreichischem Recht entscheidet, wenn die Detention nicht gemeinsam ausgeübt werden kann, die Mehrheit darüber, wem sie zustehen soll. A.B.G.B. § 833 Randa E. § 9, 22.

[18] Pr. L.R. I. 17, 4 und 25; Erk. Berlin 13/5 1859 Sf. XIV. 37; Striethorst XXXIV. 48; Förster Eccius § 162, 51; A. M. Dernburg P. P.R. I. § 158, 10 der die gesetzlichen Schutzmittel auch bei Streitigkeiten über den Umfang der Antheile gewähren will.

[19] l. 3 pr. D. 41, 2; l. 4 § 27 D. 41, 3; Savigny Besitz 192.

[20] Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 8; Pr. L.R. I. 7, 6 und 7; Oesterreich A.B.G.B. § 311. Die Preußische Jurisprudenz stellt den Rechtsbesitz dem Sachenbesitz gleich Koch Besitz 109, 9 und Pr. R. § 172, 2.

[21] l. 3 § 17; l. 30 § 3 D. 41, 2; Randa Besitz § 10, 2; Bayr. L.R. II. 5. 4; Sachsen B.G.B. § 58; Oesterreich A.B.G.B. § 311. Auch nach Preußischem Recht gilt dieser Grundsatz Förster Eccius § 159, 3. Es gilt dieß namentlich vom offenen Meer Erk. Kiel 29/6 1839 Sf. VII. 144 und von verbotenen Sachen Lang Sachenrecht § 3, 13.

[22] Dernburg P. P.R. I § 150, 6; Zachariä § 187b, 1a; Aubry § 185, 41. Es gilt dieß sowohl von den res divini juris als den res communes omnium.

[23] Der Gemeingebrauch an den res in publico usu wird nicht durch Besitzklagen geschützt Erk. Berlin 9/1 1871 Sf. XXVII. 6; Wolfenbüttel 6/11 1877 Z. f. Br. XXV. 175.

Digitized by Google

öffentlichen Sachen Sonderrechte begründet sind, ist auch Besitz daran zulässig [24]. Das gleiche gilt von den dem kirchlichen Gebrauch bestimmten Sachen [25]. Besitz ist zulässig nur an einzelnen Sachen die eine gesonderte Existenz haben [26]. Als einzelne Sachen sind auch diejenigen anzusehen, bei denen Mitbesitz nach materiell ausgeschiedenen Theilen vorliegt [27]. Bei einfachen Sachen erstreckt sich der Besitz auf das Ganze und ein selbstständiger Besitz an den einzelnen unabgesonderten Theilen [28] und an unabgesonderten Bestandtheilen [29] ist nicht zulässig. Es gilt dieß namentlich von dem Besitz nicht abgesonderter Früchte [30], in dem Boden stehender nicht geschlagener Bäume [31] und der Wolle auf Schafen [32]. Auch

---

[24] Erk. Celle 11/6 1868 Sf. XXIII. 12; Lübeck 14/11 1878 Sf. XXXIV. 90; Braunschweig 3/6 1880 Z. f. Br. XXVII. 170. Anerkannt ist dieß für Sonderrechte an öffentlichen Flüssen Erk. Darmstadt 10/2 1848 Sf. XVI. 6; 19/3 1861 Sf. XVII. 99; Wolfenbüttel 7/2 1868 Sf. XXIV. 10; Berlin 9/1 1871 Sf. XXVII. 6, und an öffentlichen Straßen Erk. Berlin 7/10 1871. Sf. XXVII. 89.

[25] Z. B. von Kirchenstühlen. Vgl. unten Note 75.

[26] Pr. L.R. I. 7. 46; Sachsen B.G.B. § 191.

[27] Dieß kann nur bei unbeweglichen Sachen vorkommen Unger, Ö. P.R. § 51, 19; Arndts § 138 f. Die entgegengesetzte Ansicht ist ausgeführt von Windscheid § 142, 4; Randa, Besitz § 17, 4. Die Möglichkeit nehmen nur für Grund und Boden an und ziehen sie für Häuser in Abrede Savigny, Besitz 260; Meischeider, Besitz 220; Förster Eccius § 158, 17. Dieß ist richtig insoferne, wie dieß in den meisten Rechten geschieht, die horizontale Theilung von Häusern ausgeschlossen ist Randa, Besitz § 17, 12. Soweit diese aber als zulässig erscheint, ist auch getheilter Mitbesitz an Häusern zulässig vgl. unten § 233 und Erk. München 23/2 1867 Sf. XXI. 99.

[28] l. 8 D. 6. 1; Windscheid § 152, 8; Exner, Tradition 27; Randa, Besitz § 18, 3; Förster Eccius § 160, 21.

[29] l. 7 § 1 D. 10. 4; Windscheid § 152, 5. Es gilt dieß namentlich von Accessionen Randa, Besitz § 19, 7.

[30] l. 44 D. 6. 1; l. 40 D. 19. 1; Erk. Berlin 26/11 1878 Sf. XXXV. 274; Erk. München 30/10 76 Sammlung VI. 161; 10/4 1878 Sammlung VII. 86; Förster Eccius § 160, 27.

[31] Von manchen wird angenommen, daß die Uebergabe stehender Waldbäume durch Anschlagen mit dem Hammer, also gesonderter Besitzerwerb, nach deutschem Recht zulässig sei Beseler, P.R. § 89, 3; Erk. Dresden 12/5 1864 Sf. XVIII. 209. Mit Recht erklären sich dagegen Unger, Ö. P.R. § 52, 16; Randa, Besitz § 11, 19; Exner, Tradition 28, 12; Erk. München 21/8 64 und 11/3 1865 Sf. XIX. 123; Stuttgart 4/12 1879 Sf. XXXV. 275; Lang, Sachenrecht § 5, 14. Für das Preußische Recht wird die Zulässigkeit angenommen von Bornemann, System I. 254, 4; Dernburg, P. P.R. I. § 150, 9;

Digitized by Google

bei zusammengesetzten Sachen erstreckt sich der Besitz auf das Ganze nicht auf die einzelnen Theile als abgesonderte Sachen[33]. Doch ist gesonderter Besitz an den einzelnen Theilen einer zusammengesetzten Sache denkbar, wenn diese durch die Zusammensetzung ihre Sondereristenz nicht verloren haben[34]. Bei Pertinenzen ist ein von dem der Hauptsache gesonderter Besitz möglich[35]: Bei Sachgesammtheiten erstreckt sich gemeinrechtlich der Besitz nur auf die einzelnen Sachen[36], während das Bayrische Landrecht[37] und das Preußische Landrecht[38] Besitz auch an der Gesammtheit anerkennen. Zuläßig ist Besitz an dem ideellen Theil einer Sache[39].

2. Rechtsbesitz. Nach römischem Recht wurde eine juris quasi possessio nur angenommen bei solchen Rechten, welche als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums dem dominium als der Totalität aller dinglichen Rechte entgegengesetzt werden[40], demnach

---

Meischeider, Besitz 222; Förster Eccius § 160, 32; Gruchot, Beiträge IV. 464. 2, und es ist dieß in Erk. O.Tr. 9/5 1845 Entsch. XI. 201 und 28/4 1864 Striethorst LIV. 132 anerkannt; mit Recht erklären sich jedoch dagegen Piners im Arnsberger Archiv VIII. 459; Förster, P. P.R. § 160, 32; Lenz, Studien 198.

[33] Erk. O.Tr. 27/10 1862, Entsch. XLVIII. 8; Förster Eccius § 160, 27.

[34] l. 23 pr. D. 41. 3; Randa, Besitz § 18, 5; Erk. München 21/11 1879, Sammlung VIII. 33; Sachsen B.G.B. § 191.

[35] Unger, Ö. P.R. § 52, 10; Meischeider, Besitz 98 und 220. 1. In diesem Fall detinirt während der Verbindung der Besitzer des Ganzen für die Besitzer der einzelnen Theile Randa, Besitz § 18, 7; Exner, Tradition 29, 14. Ueber die Frage, ob durch Verbindung einer Sache mit einer anderen die gesonderte Ersitzung unterbrochen werde vgl. Bangerow § 204, Anm. 2; Windscheid § 152, 6; Brinz, Pandekten (2) § 135, 33; Meischeider, Besitz § 19; Randa, Besitz § 18, 8; Sintenis, C.R. § 43, 14; Förster Eccius § 160, 22.

[36] Unger, Ö. P.R. § 55, 16; Randa, Besitz § 19, 6; Förster Eccius § 160, 43.

[37] l. 30 § 2 D. 41, 3; Erk. Celle 10/1 1855 Sf. XIV. 102; Windscheid § 152, 3; Randa, Besitz § 19, 3; A.M. Meischeider, Besitz 224. Das erstere ist auch nach Sachsen B.G.B. § 63 und 191 und Oesterreichischem Recht Unger, Ö. P.R. § 57, 55 Randa, Besitz § 19, 3 anzunehmen.

[38] Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 4 läßt Besitzergreifung an der Gesammtheit zu, wenn alle einzelnen Sachen beisammen sind.

[39] Pr. L.R. I. 7. 53; Bornemann, System I. 253; Heydemann, Einleitung I. 352; Förster Eccius § 160, 41.

[40] Vgl. oben Note 10.

[41] Savigny, Besitz 192.

Digitized by Google

bei Servituten [41], der Emphyteusis [42] und der Superficies [43]. Eine Ausdehnung erfolgte zunächst dadurch, daß das canonische Recht die Möglichkeit des Besitzes bei allen Rechten [44] annahm, bei welchen eine fortdauernde und sich wiederholende Ausübung und daher auch die Möglichkeit der Störung gegeben ist [45], was im allgemeinen in der deutschen Praxis Aufnahme fand [46], wobei nur hinsichtlich der rein obligatorischen Rechte die schon unter den Canonisten herrschende Meinungsverschiedenheit sich fortpflanzte [47]. Die neuere Rechtsentwicklung steht im ganzen noch auf diesem Standpunkt, wobei jedoch eine fortschreitende Tendenz der Beschränkung nicht zu verkennen ist. Das Verhältniß hat sich in den einzelnen Rechtsgebieten in folgender Weise gestaltet:

A. am weitesten geht die Beschränkung in dem Rechtsgebiet des sächsischen B.G.B. [48] und des französischen Rechts [49], indem hier der Rechtsbesitz nur bei Servituten anerkannt ist.

---

[41] Savigny, Besitz 192; Bruns, Besitz 77.

[42] Arndts Pandekten § 195, 3; Wächter, Platzrecht § 6. Andere nehmen nach römischem Recht für den Emphyteuta abgeleiteten Besitz an Savigny, Besitz 293; Bruns, Besitz 8; Vangerow § 200, Anm. 2 f. dagegen Windscheid § 154, 7 und Randa, Besitz § 24, 17.

[43] Auch hier nehmen abgeleiteten Besitz an: Bruns, Besitz 9; Vangerow, Pandekten § 200, Anm. 1; Savigny, Besitz 293; f. dagegen Windscheid § 154, 7; Randa, Besitz § 24, 17; Meischeider, Besitz 393.

[44] Es fielen unter diesen Gesichtspunkt namentlich auch Hoheitsrechte, Regalien, kirchliche Aemter und Würden und die ehelichen Rechte Randa, Besitz § 24, 23.

[45] Bruns, Besitz 195; Meischeider, Besitz 399 f.; Exner, Tradition 36; Windscheid § 464, 5.

[46] Im 16. und 17. Jahrhundert ist die Anwendung des Besitzbegriffs außer bei allen Arten von dinglichen Rechten auf Personenrechte wie Ehe, väterliche Gewalt und Standesrechte in der deutschen Praxis zweifellos anerkannt Bruns, Besitz 383; Randa, Besitz § 24, 24. Spuren davon finden sich noch in der jetzigen Rechtsübung vgl. unten Note 73.

[47] Bruns, Besitz 372; Windscheid § 464, 5; Randa, Besitz § 24, 40 f.

[48] Sachsen B.G.B. § 530. 556—562. 603. Bei Reallasten ist nach B.G.B. § 512 Rechtsbesitz nicht anerkannt. Die Beschränkung wird indessen dadurch gemildert, daß nach B.G.B. § 208 die Besitzklage auch demjenigen zusteht, der eine Sache zur Benützung oder zum Zweck seiner Sicherung inne hat Randa, Besitz § 24, 1.

[49] Zachariä § 187 B. II; Behaghel, Bad. R. § 94. Der in C. c. Art. 320, 321 gebrauchte Ausdruck possession d'état (Bad. L.R. Art. 320 Besitz

Digitized by Google

B. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts finden sich, soweit es sich um Rechte handelt die den reinen Vermögensrechten angehören, drei Richtungen:

a. nach der einen Ansicht[50] ist Rechtsbesitz nur anzunehmen bei dinglichen Rechten, nämlich den Servituten[51], dem Platzrecht[52], den dinglichen Nutzungsrechten[53], ferner den Rechten die passiv oder aktiv mit Immobilien in Verbindung stehen, nämlich den Reallasten[54], dem Fischereirecht[55], dem Jagdrecht[56], der

---

einer ehelichen Kindschaft) bedeutet nur das faktische Kindesverhältniß und ist nicht als eine Anerkennung des Besitzes an Familienverhältnissen aufzufassen, wie dieß Stobbe, P.R. § 76, 8 anzunehmen scheint Zachariä § 185 a, 2 a; Randa, Besitz § 24, 6. Daß das französische Recht Rechtsbesitz nur an Dienstbarkeiten anerkennt, ist zweifellos.

[50] Diese von Savigny, Besitz 507 aufgestellte Ansicht wird vertreten von Heerwarth, Z. f. C.R. XII. 303; Puchta, Besitz R.L. II. 69; Sintenis, C.R. § 44, 19; Wächter, Pandekten § 129 III, und findet sich in der Hauptsache anerkannt in der Württembergischen Praxis Erk. Stuttgart 9/3 1830 Sf. I. 183 nnd 223; 7/9 1853 Sf. VII. 43; Lang, Sachenrecht § 13, 1, dann in der Schleswig-Holsteinischen Praxis Erk. Glückstadt 2/7 1840 Anz. 42, 68; 25/3 1844 Anz. 44, 215. Sie beruht auf der Annahme einer sachgemäßen analogen Anwendung der römischen quasi possessio auf ähnliche später entstandene Rechtsverhältnisse. Dagegen nimmt Dunker, Z. f. D.R. II. 53 an, daß die Ausdehnung des Rechtsbesitzes auf die deutschrechtliche Gewere zurückzuführen sei, was übrigens zu der gleichen Beschränkung des Rechtsbesitzes führen würde s. darüber Randa, Besitz § 24, 26 f. und Meischeider, Besitz 412. Die Anwendung des Besitzbegriffs auf die dinglichen und die diesen gleichstehenden Note 51—62 aufgeführten Rechte ist übrigens gemeinrechtlich allgemein anerkannt, weßhalb ich in dem Nachfolgenden die Belege dem ganzen gemeinrechtlichen Rechtsgebiet entnehme.

[51] Savigny, Besitz 473, 479; Windscheid § 164, 1. 2; Bayr. L.R. II. 7. 9 Nr. 5.

[52] Savigny, Besitz 293; Windscheid § 154, 7; Randa, Besitz § 24, 17; Wächter, Platzrecht 45. Andere nehmen hier abgeleiteten Besitz an Bruns, Besitz 9; Vangerow § 200, Anm. 1. Nach Bayr. L.R. IV. 7. 34 hat der Superficiar Sachbesitz.

[53] Es gilt dieß von der Emphyteusis und den ihr gleichstehenden bäuerlichen Nutzungsrechten des deutschen Rechts Windscheid § 154, 7; Randa, Besitz § 24, 17. Andere nehmen hier abgeleiteten Besitz an vgl. oben Note 43. Nach Bayrischem Recht hat der Emphyteuta Sachbesitz Kreittmayr, Anm. 2c. zu L.R. II. 5. 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 198, 3. Ebenso hat gemeinrechtlich der Lehenmann Rechtsbesitz Roth, Bayr. C.R. (1) § 206, 4; nach Bayrischem L.R. IV. 18. 16 Nr. 15 hat er Sachbesitz Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 45.

[54] Gemeinrechtlich ist dieß allgemein anerkannt Duncker, Reallasten § 21;

Digitized by Google

Kirchenbaulast [57], den Realgemeinderechten [58], dann solchen Rechten, welche den Immobilien gleich stehen, wie dem Bergeigenthum [59] und den dinglichen Gewerbsrechten [60];

b. nach der anderen Ansicht sind außer den erwähnten dinglichen und den diesen gleichstehenden Rechten auch obligatorische Rechte des Besitzes fähig, welche dauernde Ausübung zulassen und die an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft sind [61], namentlich Beamtenbesoldungen [62], Leistungen bestimmter Personen-

---

Randa, Besitz § 24, 38; Stobbe, P.R. § 102, 10; Bayr. L.R. II. 7. 9 Nr. 6; Erk. München 11/12 1848 Bl. XVII. 239; Jena 15/10 1846 Sf. V. 173; Kiel 22/4 1840 Anz. 40. 244.

[55] Erk. München 10/12 1861 Bl. XXVII. 44; Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 47.

[56] Solange das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden bestand, war dieß ohnehin zweifellos Erk. Celle 3/2 1845 Sf. II. 135; 13/12 1842 Sf. X. 73. Indeß wird auch nach Umgestaltung der Jagdberechtigung Rechtsbesitz an dem in der Ausübung des Grundeigenthümers stehenden Jagdrecht angenommen Erk. Wolfenbüttel 1/4 1864 Sf. XIX. 11; Braunschweig 26/1 1880 Z. f. Br. XXVIII. 111.

[57] Lang, Sachenrecht § 13, 1; Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 46; Erk. Darmstadt 20/9 1862 Sf. XVII. 46.

[58] Lang, Sachenrecht § 13, 1. Ein solcher Fall ist Erk. Celle 15/10 1857 L.E. V. 96. Sf. XV. 27, wo das Recht an den Erträgnissen eines Gemeindebergwerks zu participiren und an den betreffenden Bergwerksversammlungen Theil zu nehmen als Realgemeinderecht behandelt wird, indem es mit dem Besitz einer Reihestelle verbunden ist.

[59] Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 48.

[60] Es gilt dieß namentlich von Bannrechten Randa, Besitz § 29. Dieß war auch Pr. L.R. I. 23. 6 anerkannt Förster Eccius § 159, 42.

[61] Dieß ist die Ansicht von Bruns, Besitz 488, der dieß als personenrechtliche Radicirung bezeichnet. Dieser Ansicht schließen sich an Seuffert, Pandekten § 113, 4 und Stobbe, P.R. § 76, 14, der dieß jedoch auf Vermögensrechte beschränkt, die auf dauernden persönlichen Herrschaftsverhältnissen beruhen. Auf dem Standpunkt von Bruns steht die Praxis des O.A.G. Darmstadt unten Note 62; Jena unten Note 63; Wiesbaden unten Note 64; Braunschweig unten Note 62 und Cassel unten Note 64.

[62] Erk. Darmstadt 3/11 1852 Sf. XIII. 32 und 1854 Sf. XXII. 233 und Erk. Wolfenbüttel 9/5 1845 Sf. XXIII. 32 nimmt Rechtsbesitz an Besoldungen auch bei Privatbeamten an, während Erk. Cassel Sf. I. 61 und III. 99 nur bei Staats- und Kirchendienern Rechtsbesitz des Gehalts anerkennen will, der als quasidingliches Recht auf das Staats- oder Kirchenvermögen radicirt sei; s. dagegen Bruns, Besitz 483, 1 der mit Recht hervor-

Digitized by Google

klassen [63], Leistungen juristischer Personen [64], nicht aber rein obligatorische Verhältnisse [65];

c. eine dritte Meinung nimmt Rechtsbesitz an allen Rechten an, welche dauernde Ausübung zulassen, also außer an dinglichen Rechten an obligatorischen Rechten die dauernde Ausübung zulassen ohne das Erforderniß persönlicher Radicirung [66], namentlich Pacht und Miethe [67], Commodat [68], Capitalzinsen [69], dann das Prekarium, insoferne nicht abgeleiteter Besitz daran anzunehmen ist [70].

---

hebt, daß das zu Grund liegende personenrechtliche Verhältniß der Beamten für die Begründung des Rechtsbesitzes entscheidend sei.

[63] Es entspricht dieß der älteren sächsischen Praxis, welche Rechtsbesitz bei Forderungsverhältnissen annahm, welche wegen der besonderen Natur der Persönlichkeit des Berechtigten oder Verpflichteten eine regelmäßige Wiederkehr annehmen lassen Erk. Dresden 19/12 1861 Sf. XVI. 5. Das O.A.G. Jena nimmt Rechtsbesitz da an, wo ein an sich obligatorisches Verhältniß nur dadurch zwischen bestimmten Personen begründet ist, daß sie in ein anderes die Persönlichkeit überdauerndes Rechtsverhältniß eintreten, so daß die Obligation sofort durch Eintritt dieser Personen in dieses Rechtsverhältniß entsteht Bl. f. Thür. XIX. 154.

[64] Diese werden den Reallasten gleichgestellt so Rentepflicht einer Gemeinde Erk. Jena 1839 Sf. XVI. 175 und 27/10 1853 Sf. VII. 269; Darmstadt 20/11 1855 Sf. XII. 340 und XIX. 55; Schulverbandsreichnisse zweier Gemeinden Erk. Darmstadt 12/12 1837 Sf. IX. 126; Holzlieferung einer Gemeinde Erk. Wiesbaden 28/8 1850 Sf. XIII. 127; Abgabe einer Gemeinde aus schutzherrlichen Verhältnissen Erk. Jena 4/7 1849 Sf. XIX. 155; Cassel 19/5 1840 Sf. VI. 232.

[65] Diese schließen ausdrücklich aus Erk. Darmstadt 12/2 1837 Sf. IX. 126; 20/11 1855 Sf. XII. 340; 17/9 1847 A. f. Pr. R.W. 502.

[66] Windscheid § 464, 4. 5; Randa, Besitz § 24, 9. 40; Brinz, Pandekten (2) § 196, 13. Allgemein nimmt dieß an Erk. München 28/12 1878 Sammlung VII. 289. Das Bayrische L.R. II. 5. 2 und Kreittmayr, Anm. 2e dazu erkennen Rechtsbesitz im weitesten Umfang an Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 34. Früher suchte man dieß in der Bayrischen Praxis in der Art zu beschränken, daß Rechtsbesitz bei reinen Forderungsrechten nicht anerkannt wurde s. Seuffert, Commentar zur G.O. II. 99, 3 und die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 130, 40 citirten älteren Erkenntnisse. Die neuere Praxis hat indessen den Rechtsbesitz für dauernde Forderungsrechte wieder anerkannt s. Note 67 f.

[67] Für die Annahme eines Rechtsbesitzes des Pächters sprechen sich aus Windscheid § 464, 4 und Randa, Besitz § 24, 50. Schon Kreittmayr, Anm. 2a zu Bayr. L.R. II. 5. 2 und Anm. 3b zu L.R. IV. 6. 21 spricht dem Pächter Rechtsbesitz zu, und es ist daher Erk. München 3/5 1873 Sammlung III. 128; 27/5 1876 Sammlung VI. 20; 26/1 1879 Sammlung VII. 318 und 12/7 1881 Samml. IX. 83 dem Pächter Schutz im Rechtsbesitz zuge-

Digitized by Google

Soweit es sich um Rechte handelt, die nicht den reinen Vermögensrechten angehören, war durch das canonische Recht der Rechtsbesitz an dauernden Rechten durchgängig anerkannt. Es gilt dieß namentlich für Rechte von publicistischer Natur[71], wofür aber jetzt Anwendungsfälle kaum mehr vorkommen[72]. Allgemein wurde Rechtsbesitz an Familienrechten und Statusrechten angenommen, was vereinzelt auch jetzt noch erhalten ist[73]; überwiegend macht sich jedoch die entgegengesetzte Richtung geltend[74]. Dagegen hat sich die Annahme des Rechtsbesitzes an den zum kirchlichen Gebrauch bestimmten Sachen[75] und für das Patronat[76] erhalten.

---

sprochen vgl. unten § 229, 27 und 112. So ist in der Bayrischen Rechtssprechung verwirklicht, was Bruns, Besitzklagen 243 als den allein richtigen Standpunkt für den Schutz des Pachtverhältnisses erklärt.

[68] Randa, Besitz § 24, 50a; Erk. München 31/6 1873 Sammlung III. 128. Dagegen erklärt sich Bruns, Besitz 483 und Besitzklagen 239.

[69] Dafür erklärt sich Windscheid § 464, 4, dagegen Bruns, Besitz 482 und Randa, Besitz § 24, 52.

[70] Gemeinrechtlich hat, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, der Prekarist abgeleiteten Besitz l. 4 § 1 D. 43, 26; Savigny, Besitz 302; Windscheid § 154, 4; außerdem hat er Rechtsbesitz Erk. München 31/8 1873 Sammlg. III. 128.

[71] Es gehören dahin namentlich Hoheitsrechte, Regalien, kirchliche Aemter und Würden Bruns, Besitz 186—190; Meischeider, Besitz 395.

[72] Meischeider, Besitz 414. Indeß ist Erk. Darmstadt 20/9 1848 Sf. VIII. 14 Besitz einer Gemeinde an dem Recht, den Gottesdienst durch einen Geistlichen verwalten zu lassen, der aus einem durch den R.D.H.S. säcularisirten Kloster unterhalten wurde, anerkannt. Früher waren solche Rechte Gegenstand unvordenklicher Verjährung Erk. Berlin 6/3 1874 Sf. XXX. 3.

[73] Rechtsbesitz an Familien- und Statusrechten war nach kanonischem Recht zweifellos anerkannt Bruns, Besitz 191, 1, und es gieng dieß in die ältere deutsche Praxis über Bruns, Besitz 383, 3. Ausdrücklich anerkannt ist dieß Bayr. L.R. I. 3. 4 Nr. 1 und 8. Vereinzelt findet sich dieß auch jetzt noch angenommen so Erk. Darmstadt 1/3 1851 Sf. IV. 120 (väterliche Gewalt); Erk. Cassel 21/6 1828 Pfeiffer, Pr. Ausf. V. 130 und Darmstadt 11/6 1845 und 11/5 1859 A. f. Pr. R.W. VIII. 176 (Ehetrennung).

[74] Gegen die Annahme eines Rechtsbesitzes an Familienrechten sprechen sich aus Puchta, Besitz R.L. II. 68; Seuffert, Pandekten § 113, 5; Erk. Stuttgart 7/7 1858 Sf. XII. 244.

[75] So bei dem Recht an einem Kirchenstuhl. Als Rechtsbesitz fassen dieß auf Randa, Besitz § 10, 13; Holzschuher, Theorie § 84 Nr. 12; Erk. Darmstadt 10/10 1856 Sf. XI. 272; Berlin 15/12 1871 Sf. XXVI. 103 (Hessen)

Digitized by Google

C. Das Preußische Recht läßt zwar formell Besitz bei allen Rechten zu [77], in Wirklichkeit aber erkennt es ihn außer bei Rechten, die mit dem Besitz einer Sache verbunden sind [78], nur für affirmative, negative und Untersagungsrechte an [79], wobei jedoch die Möglichkeit dauernder Ausübung vorausgesetzt wird [80]. Ausdrücklich anerkannt ist durch das Gesetzbuch unter den den reinen Vermögensrechten angehörenden Rechten der Rechtsbesitz für nachstehende: Kapitalien und andere nutzbare Rechte [81], Servituten [82],

---

14/11 1876 Sf. XXXII. 332. Es ist dieß übrigens weder als ususfructus noch als superficies aufzufassen, es ist vielmehr ein besonderes, auf kirchlichen Einrichtungen beruhendes Recht Erk. Wiesbaden 13/12 1839 Sf. VI. 240.

[76] Erk. Jena 4/9 1817 Sf. VIII. 232; Darmstadt 1866 A. f. Pr. R.W. III. 79. Auch die Württembergische Praxis stimmt damit überein Lang, Sachenrecht § 13, 1.

[77] Pr. L.R. I. 7. 5. „Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt."

[78] Es sind dieß die Fälle des unvollständigen Sachbesitzes bei denen der vollständige Rechtsbesitz gegeben ist, nämlich Faustpfand Pr. L.R. I. 20. 71. 104. 116; Nießbrauch Pr. L.R. I. 21. 1 und 2; Erbpacht Pr. L.R. I. 21. 187. 188; Kommodat Pr. L.R. I. 21. 229; Pacht und Miethe Pr. L.R. I. 21. 258; Kulturnutzung Pr. L.R. I. 21. 626. Vgl. oben § 225, 20. Der Prekarist ist nach Preußischem Recht nicht unvollständiger Besitzer, sondern bloßer Inhaber Pr. L.R. I. 21. 231; Gruchot, Beiträge V. 313.

[79] Pr. L.R. I. 7. 80. 81. 86; Förster Eccius § 159, 22 und Heydemann, Einleitung l. 360 halten die Eintheilung für erschöpfend. Die Preußische Praxis versagt affirmativen Rechten den Besitzschutz unten § 229, 21, läßt aber Ersitzung daran zu, so daß also die Möglichkeit des Besitzes derselben gegeben ist.

[80] Korte in Gruchot V. 116; Heydemann, Einleitung I. 332; Dernburg P. P.R. I. § 160, 5; Meischeider, Besitz 402; Erk. München 28/12 1878 Sammlg. VII. 289. Auch nach Preußischem Recht ist es bestritten, ob Besitz an Forderungsrechten anzunehmen sei; dafür sprechen sich aus: Heydemann, Einleitung I. 332; Bornemann, System I. 332; Randa, Besitz § 24, 46; dagegen Förster Eccius § 159, 27 f.; Baron in Gruchot V. 100 und Korte in Gruchot V. 118, der an Forderungsrechten, die nicht eine sachliche Unterlage haben, oder bei denen die Lösbarkeit nicht ausgeschlossen ist, den Besitz für ausgeschlossen hält. Die Anerkennung des Besitzes an Kapitalien unten Note 81 spricht für die erstere Ansicht. Gegen die Meinung von Koch, Besitz 114, daß Besitz nur an solchen Rechten anzunehmen sei, bei welchen sich eine gewaltsame, bittweise oder heimliche Störung denken lasse s. Baron in Gruchot, Beiträge V. 99; Förster Eccius § 159, 41; Randa, Besitz § 24, 9.

[81] Pr. L.R. I. 7. 192. Bei Kapitalien und anderen nutzbaren Rechten werden die etwa noch rückständigen Zinsen und Nutzungen nach dem Zeit-

Digitized by Google

Reallasten [83], der Nachlaß [84], das Bergeigenthum [85]. Entsprechend der Auffassung zur Zeit seiner Entstehung führt das Gesetzbuch auch publicistische [86] und kirchliche Rechte [87] auf, an denen Rechtsbesitz angenommen wird. Die Anwendung auf Familienrechte und Zustandsrechte ist nicht ausdrücklich ausgeschlossen aber nicht üblich [88].

D. Das Oesterreichische Recht läßt Besitz bei allen Rechten zu, welche dem Gebiet des Vermögensrechts angehören [89] und dauernde Ausübung zulassen [90], in welcher Beschränkung dieß auch auf Obligationen Anwendung leidet [91].

---

punkt, wo der redliche Besitz aufgehört hat, zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt. Vgl. auch I. 7. 232. Das Preußische Recht nimmt Besitz nicht nur an den Zinsen, sondern auch an dem Kapital an, das durch dreißigjährige Zinszahlung durch Verjährung erworben wird Pr. L.R. I. 11. 839. Vgl. darüber Korte in Gruchot V. 139; Meischeider, Besitz 403.

[82] Pr. L.R. I. 22. 13. 14; Förster Eccius § 160, 91. 99.

[83] Pr. L.R. I. 7. 80, II. 7. 463. 487, II. 11. 816. 865. 870; Korte in Gruchot V. 118; Förster Eccius § 160, 89. 90.

[84] Pr. L.R. I. 9. 495—498; Korte in Gruchot V. 109; Meischeider, Besitz 402. Gemeinrechtlich ist dieß nicht begründet Randa, Besitz § 24, 57 f.; Erk. Celle 10/1 1855 Sf. XIV. 102.

[85] Pr. L.R. II. 16. 106.

[86] So Regalien Pr. L.R. II. 14. 11. 26. 29. 30. 32. 34; II. 15. 138; II. 16. 106; das Recht der Steuerfreiheit II. 14. 80; das Recht der Gerichtsbarkeit II. 17. 24. 29.

[87] So an Kirchenstühlen; Erk. O.Tr. 21/12 1853 Striethorst XI. 156 ist das Recht als Untersagungsrecht gegen die Kirchengemeinde construirt s. dagegen Gruchot, Beiträge V. 306; an Pfründen Pr. L.R. II. 11. 1115; an dem Patronatsrecht L.R. II. 11. 576.

[88] Für Familienrechte zieht die Anwendung des Besitzbegriffs nach Preußischem Recht in Abrede Förster Eccius § 159, 24; Meischeider, Besitz 404. Auch für Zustandrechte ist das gleiche anzunehmen, obwohl Pr. L.R. II. 9. 18. 19 vom Besitz des Adels spricht Förster Eccius § 159, 24. Auch Randa, Besitz § 24, 6 erklärt sich für das Preußische Recht gegen Ausdehnung des Besitzbegriffs auf Familienrechte und Zustandsrechte, obwohl der von ihm angeführte Grund, daß die Stellung des siebenten Titels im Vermögensrecht eine Beschränkung des Besitzes auf Vermögensrechte andeute, mir nicht maßgebend scheint.

[89] Dieß folgt aus dem Wortlaut des A.B.G.B. § 311: „Alle unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden". Randa, Besitz § 24, 2. 6; Meischeider, Besitz 407. Früher wurde in Oesterreich Besitz an Familienrechten und Zustandsrechten allgemein für zuläßig erachtet.

[90] Randa, Besitz § 24, 9.

Digitized by Google

§ 227.

IV. Erwerb des Besitzes.

Der Besitz wird erworben, wenn sich der Wille zu besitzen durch eine dazu geeignete Handlung des Erwerbenden bethätigt [1]. Als einzelne Momente sind zu unterscheiden:

I. Der Besitzwille. Dieser muß bei dem Sachbesitz darauf gerichtet sein, die Sache wie eigen zu behandeln [2]. Es kann dieß jetzt für das gemeine Recht als die herrschende Meinung bezeichnet werden [3], und sie ist im Sächsischen [4], Oesterreichischen [5] und Französischen Recht [6] recipirt. Eine davon abweichende Meinung geht dahin, daß der Besitzwille lediglich dahin gerichtet sein müsse, die Sache für sich zu haben [7]. Dieß ist die Auffassung des

---

[91] Randa, Besitz § 24, 10 und 45. A. M. Unger, Ö. P.R. § 62, 25 und § 104, 56, der die Anwendbarkeit des Rechtsbesitzes auf Obligationen in Abrede zieht.

[1] l. 3 § 1 D. 41, 2; Windscheid § 153, 1; Bayr. L.R. II. 5. 5; Erk. München 6/2 1877 Sammlung VI. 219; Pr. L.R. I. 7. 48. 138; Heydemann, Einleitung I. 348.

[2] Man bezeichnet dieß jetzt als animus domini Savigny, Besitz 110. 128. 246; Windscheid § 149, 5; Randa, Besitz § 12; Brinz, Pandekten (2) § 135, 20. Es ist dabei nicht opinio dominii erforderlich Savigny, Besitz 110; Randa, Besitz § 12, 8; Förster Eccius § 160, 8.

[3] Sie findet sich Savigny, Besitz 246; Windscheid § 149, 5; Randa, Besitz § 12, 1; Vangerow § 200, Anm. 1. 1; Bruns, Besitz 469, 1. Näher bestimmend sagt Windscheid § 149, 5: der Wille wie ihn der Eigenthümer haben darf. Damit stimmt überein Bayr. L.R. II. 5. 5 Nr. 1: Das Innehaben einer Sache wird andergestalt nicht erlangt, als wenn man selbe aus hinlänglicher Ursache nach Maßgabe nächstfolgenden 6 § in der Absicht, solche für sich zu behalten, ergreift. Neuerdings hat sich Kohler, Forschungen 167 f. dagegen erklärt, daß gemeinrechtlich der animus domini als Voraussetzung des juristischen Besitzes zu gelten habe. Er verwirft daher auch die Annahme des abgeleiteten Besitzes.

[4] Sachsen B.G.B. § 186: Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat ist Inhaber, und wenn er den Willen hat an der Sache für sich Eigenthum auszuüben Besitzer derselben.

[5] Oesterreich A.B.G.B. § 309: hat der Inhaber einer Sache den Willen sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

[6] C. c. Art. 2230; Bruns, Besitz 445.

[7] Kierulff, Civilrecht 352; Böcking, Pandekten § 113, 7; Lenz, Besitz 102; Warnkönig, A. f. C.Pr. XIII. 170 und andere bei Windscheid § 149, 7 Vangerow § 200, Anm. 1, 1 und Meischeider, Besitz § 8 Angeführte, welche

Digitized by Google

Preußischen Landrechts [8], welches die Unterscheidung des vollständigen und unvollständigen Besitzes zur Grundlage hat, wobei nur bei dem ersteren die Absicht, die Sache als eigene zu haben, vorausgesetzt wird [9]. Bei dem Rechtsbesitz muß der Besitzwille darauf gerichtet sein, das Recht als eignes Recht auszuüben [10]. Gemeinrechtlich ist dabei nicht erforderlich, daß bei dinglichen Rechten die Absicht auf Ausübung des Rechts als Recht an einer fremden Sache gerichtet sei. Das Recht kann auch erworben werden obwohl der Erwerber die Sache für seine eigne Sache hält [11], was jetzt auch in der Preußischen [12] und Oesterreichischen Praxis [13] anerkannt ist. Für den Besitzerwerb genügt das Vorhandensein des Besitzwillens, ohne daß dabei die Ueberzeugung von der Berechtigung erforder-

---

diese Definition aufstellen, um darunter auch die Fälle des abgeleiteten Besitzes subsumiren zu können, welche von den Vertretern der herrschenden Meinung als eine durch das Gesetz bestimmte Ausnahme behandelt werden.

[8] Pr. L.R. I. 7. 3: Wer aber eine Sache in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen unmittelbar oder durch andere in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache vgl. Koch, Besitz 23 f.; Heydemann, Einleitung I. 327. 611.

[9] Pr. L.R. I. 7. 7: Vollständiger Besitzer heißt der, der eine Sache oder Recht als eigen besitzt. Vgl. darüber Heydemann, Einleitung I. 328. 614.

[10] Windscheid § 163, 4 und 6; Randa, Besitz § 25, 2; Erk. Jena 1829 Sf. IX. 133; Kiel 26/10 1859 Sf. XIV. 14; Lübeck 3/2 1859 Sf. XIV. 211; Berlin 7/2 1878 Anz. 78. 89 (Holstein); München 9/6 1880 Sammlg. VIII. 164; Pr. L.R. I. 7. 7 oben Note 9. Pr. L.R. I. 7. 6 hat zwar unvollständigen Rechtsbesitz in Aussicht genommen, jedoch keine Anwendung davon gemacht; nach Preußischem Recht gibt es vielmehr nur vollständigen Rechtsbesitz.

[11] Windscheid § 163, 6 Nr. 4; Erk. Cassel 5/2 1848 Sf. VII. 254; Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 292; Celle 28/2 1865 Sf. XX. 19; München 1/10 1867 Sf. XXII. 23; Berlin 4/9 1871 Sf. XXVII. 98; Dresden 19/6 1878 Sf. XXXV. 101; München 1/10 1867 Bl. XXXIII. 23; 18/5 1877 Bl. XLII. 250; 29/12 1879 Sammlung VIII. 63; Erk. R.G. 17/3 1881 Entsch. IV. 40; A. M. Randa, Besitz § 25, 8a. Der letzteren Meinung schließt sich an: Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4; Erk. München 4/1 1872 Sammlg. I. 148; Erk. Stuttgart 17/11 1854 Sf. VIII. 120; Berlin 21/11 1857 Sf. XXII. 22.

[12] Gegen die Aussprüche der früheren Praxis hat dieß anerkannt Pl. B.O.Tr. 3/3 1862 Sf. XVII. 14 Entsch. XLVII. 15; Dernburg P. P.R. I. § 161, 3. Förster, P. P.R. § 100, 92 § 187, 40—42 erklärt sich vom Standpunkt des Preußischen Rechts dagegen s. dagegen Förster Eccius § 187, 42.

[13] Erk. Wien 22/3 1870 Gl.U. Sammlung Nr. 3755. Randa, Besitz § 25, 8a erklärt sich dagegen.

Digitized by Google

lich wäre [14]. Der Wille muß auf Besitzerwerb gerichtet sein [15]; deßhalb wird bei Uebertragung unter einer Suspensivbedingung Besitz erst mit Eintritt der Bedingung erworben [16].

II. Der Erwerbsakt besteht in der Besitzergreifung. Für diese gelten folgende Grundsätze:

1. Stellvertretung [17]. Die Besitzergreifung kann durch den Besitzer selbst oder durch einen Stellvertreter vorgenommen werden. Die Stellvertretung kann eine nothwendige oder freiwillige sein; die erstere tritt ein bei willens- und handlungsunfähigen Personen und bei juristischen Personen. Wahnsinnige [18] und Kinder unter 7 Jahren [19] können Besitz nur durch ihre gesetzlichen Vertreter erwerben und ausüben. Minderjährige über 7 Jahre können selbstständig Besitz erwerben und ausüben nur so weit damit Verbindlichkeiten nicht übernommen werden [20]; in allen anderen Fällen bedürfen sie der Vertretung [21]; nach Sächsischem und Oesterreichi-

---

[14] Windscheid § 163, 6 Nr. 3; vgl. oben Note 2.

[15] Randa, Besitz § 12, 10.

[16] l. 38 § 1 D. 41. 2; Randa, Besitz § 11, 38, § 12, 96; Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 9.

[17] Bremer, zur Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter Z. f. C.R.* XI. 211; Hauser, Stellvertretung im Besitz 1870; Windscheid § 155; Förster Eccius § 160, IV; Randa, Besitz § 20; Meischeider, Besitz § 61—65. Der C. c. enthält keine Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter Meischeider, Besitz 296.

[18] l. 1 § 3 D. 41. 2; Erk. Wolfenbüttel 22/5 1868 Sf. XXIII. 137.

[19] Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob Kinder unter 7 Jahren nicht unter gewissen Voraussetzungen selbstständig Besitz erwerben können s. Vangerow § 204, Anm. I. 1; Savigny, Besitz 249; Rudorff zu Savigny S. 647; Meischeider, Besitz § 41. Die neueren Gesetzgebungen schließen sich der oben angeführten Entscheidung an Pr. L.R. I. 4. 20. 23; Pr. Geschäftsfähigkeitsgesetz § 1; Sachsen B.G.B. § 193; Oesterreich A.B.G.B. § 310.

[20] Dieß ist nur der Fall bei geschenkten und gefundenen Sachen „weil in allen anderen Fällen mit dem Erwerb die Uebernahme von Verpflichtungen verbunden ist" Förster Eccius § 158 S. 25; Bornemann, System I. 245; A. M. Koch, Besitz 166 und Anm. 24 zu L.R. I. 7. 44 und Meischeider, Besitz 214, welche annehmen, daß der Besitz als solcher niemals Nachtheil bringen könne.

[21] Nach römischem Recht ist es bestritten, ob impuberes ohne autoritas tutoris Besitz erwerben können, dagegen sind puberes im Besitzerwerb selbstständig vgl. über diese Frage Savigny, Besitz 249; Vangerow § 204, Anm. I. 2; Meischeider, Besitz § 41. Jetzt ist gemeinrechtlich der selbstständige Be-

Digitized by Google

schem Recht können sie selbstständig Besitz erwerben [22]. Gerichtlich erklärte Verschwender sind hinsichtlich des Besitzerwerbs den Minderjährigen gleichgestellt [23]. Juristische Personen sind durch ihre Repräsentanten [24] besitzfähig [25]. Gemeinrechtlich wird hiervon eine Ausnahme gemacht bezüglich der zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Sachen, an denen auch durch die Gemeindeglieder für die Gemeinde Besitz erworben werden kann [26]. Nach Preußischem Recht kann Besitzerwerb für die Corporation auch durch die Gesammtheit der Mitglieder derselben gültig vorgenommen werden [27]. Dagegen ist die Meinung, daß nach Preußischem Recht auch einzelne Mitglieder der Corporation für diese gültig Besitz erwerben können, nicht begründet [28]. Eine gesetzliche Stellvertretung findet

---

sitzerwerb Minderjähriger nur unter der oben angeführten Voraussetzung für zulässig zu halten vgl. oben § 65, 25. Das gleiche ist nach preußischem Recht anzunehmen Pr. L.R. I. 4. 21; Geschäftsfähigkeitsgesetz 12/7 1875 § 2; Bornemann, System I. 245; Förster Eccius § 158, 6. A.M. Koch, Besitz 166; Meischeider, Besitz 214; Dernburg P. P.R. I. § 151, 3, welche eine Vertretung nicht für erforderlich halten.

[22] Oesterreich A.B.G.B. § 310 hat dies ausdrücklich ausgesprochen Randa, Besitz § 12, 14b; § 20, 8. In Sachsen B.G.B. ist dieß zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, allein es folgt aus der Bestimmung B.G.B. § 193, daß Personen im Kindesalter der Vertretung bedürfen Meischeider, Besitz 214, 2.

[23] Randa, Besitz § 12, 15; vgl. oben § 203, II.

[24] l. 2 D. 41. 2; Savigny, Besitz 317; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 5. 3; Förster Eccius § 158, 23; Randa, Besitz § 12, 13.

[25] Windscheid § 155; Pr. L.R. I. 7. 32. Dieß gilt ausschließlich nach Oesterreichischem Recht Randa, Besitz § 20, 4b und nach Sächsischem Recht Sachsen B.G.B. § 193.

[26] Dieß ist Erk. O.Tr. 2/5 1842 Entsch. VIII. 3 für das gemeine und sächsische Recht ausgesprochen Koch, Note 19 zu L.R. I. 7. 34; Förster Eccius § 160, 135; ebenso Erk. Wiesbaden 8/6 1852 Sf. IX. 255; Erk. Cassel 1868 A. f. Pr. R.W. V. 109 ist ausgesprochen, daß eine Gemeinde durch Ausübung von Seite ihrer Mitglieder den Besitz eines Weiderechts erwerben könne. Wie Erk. O.Tr. 2/5 1842 Entsch. VIII. 3 hervorgehoben ist, wird dabei vorausgesetzt, daß alle oder die Mehrheit der Gemeindeglieder gehandelt haben.

[27] Pr. L.R. I. 7. 26; Förster Eccius § 160, 135. Es wird jedoch auch hier ein Gemeindebeschluß vorausgesetzt. Koch, Besitz 160; Bornemann, System I. 245; Randa, Besitz § 20, 5. Nach Erk. O.Tr. Wolfenbüttel 3/4 1843 Matthiä Controversenlexikon I. 120 wird für universitates inordinatae auch gemeinrechtlich der Besitz durch die Gesammtheit der Gemeindeglieder erworben.

[28] Von manchen wird auf Grund von Pr. L.R. I. 7, 26 und 34 angenommen, daß auch die einzelnen Mitglieder für die Corporation gültig Besitz

Digitized by Google

auch statt bei der Gütergemeinschaft der Ehegatten, indem der Ehegatte, der Besitz erwirbt, diesen zugleich für seinen Ehegatten erwirbt [29].

Der Besitzerwerb durch Stellvertreter ist bedingt:

a. von der Absicht des Stellvertreters den Besitz für den Vertretenen zu erwerben [30] und eine dem entsprechende Besitzergreifung; ohne diese Absicht wird der Vertretene nicht Besitzer [31]. Ausnahmsweise ist diese Absicht nicht erforderlich wenn die Tradition an den Erwerber als Stellvertreter erfolgt, indem der Stellvertreter, der keinen Widerspruch einlegt, dem Vertretenen erwirbt [32].

---

erwerben können Piners in Ulrich's Archiv VIII. 452; Sommer in Ulrich's XI. 237; Dernburg P. P.R. I. § 53, 10 und § 154, 9. Allein es ist dieß dahin auszulegen, daß eine Besitzergreifung durch einzelne Gemeindeglieder nur auf Grund eines ordnungsmäßig gefaßten Beschlusses erfolgen kann. Bornemann, System I. 246; Förster, P. P.R. § 160, 135 und § 284, 28; Förster Eccius § 160, 135.

[29] Roth, D. P.R. § 102, 28; Körner, das unbewegliche Eigenthum nach Preußischem Recht S. 6. Manche nehmen dabei ein gegenseitiges constitutum possessorium an Pagenstecher, Eigenthum II. 213; Windscheid § 171, 2; Baron, Pandekten § 132, 28.

[30] l. 1 § 20 D. 41, 2; Hauser, Stellvertretung 15; Windscheid § 155, 4; Brinz, Pandekten (2) § 140, 17; Randa, Besitz § 20, 3a; Erk. Darmstadt 7/7 1868 Sf. XXII. 107.

[31] Daher wird der Vertretene nicht Besitzer, wenn an den Vertreter übergeben wird und dieser für sich Besitz ergreift, wenn er auch die Absicht hat, später dem Auftraggeber zu tradiren, Hauser, Stellvertretung 14, 6; Brinz, Pandekten (2) § 140, 25; Erk. Kiel 28/10 1851 Sf. V. 253; Dernburg, P. P.R. I. § 154, 3.

[32] Es reicht unprotestirte Annahme von Seite des Vertreters hin. l. 13. D. 39. 5; Bremer Z. f. C.R. XI. 249 f.; Meischeider, Besitz 275; Windscheid § 155, Nr. 1; Erk. Kiel 28/10 1851 Sf. V. 253; Darmstadt 1/9 1855 Sf. X. 134; Koch, Besitz 177, 1 und P.R. § 177, 2; Dernburg, P. P.R. I. § 154, 2. Nach l. 37 § 6 D. 41. 1 scheint Julian eine der Bestimmung in l. 13 D. 39. 5 (Ulpian) widersprechende Entscheidung zu geben Die Ausleger sind verschiedener Meinung. Nach der einen Ansicht ist ein Widerspruch nicht vorhanden, indem Julian wie Ulpian nur den Willen des Tradenten entscheiden läßt, also den Fall einer Nichtwillensübereinstimmung gar nicht annimmt Savigny, Besitz 306; Puchta, Vorlesungen § 148; Bangerow § 305, Anm. Nach einer anderen Ansicht liegt eine Antinomie vor, wobei nach den einen aus allgemeinen Gründen die Ansicht von Ulpian maaßgebend sein soll Brinz, Pandekten (2) § 140, 21, Dernburg, P. P.R. I. § 154, 2, nach den anderen die von Julian Exner, Tradition 139, 39; Baron, Pandekten § 117, 10, was

Digitized by Google

Dagegen ist, wenn der Stellvertreter die Absicht hat für den Vertretenen Besitz zu erwerben, Kenntniß des Tradenten von dem Stellvertretungsverhältniß nicht erforderlich[33]. Einer Besitzergreifung bedarf es nicht, wenn der bisherige Besitzer als Stellvertreter für den neuen Erwerber zu besitzen erklärt (Constitutum possessorium) und wenn der Besitzer seinen Stellvertreter anweist fortan für einen Dritten zu besitzen[34].

b. von der Absicht des Vertretenen, den Besitz zu erwerben. Bei nothwendiger Stellvertretung ist allein der Wille des Repräs-

---

für das Oesterreichische Recht als maaßgebend erklärt Randa, Besitz § 20, 30. Eine dritte Meinung geht dahin, es liege der Fall einer Antinomie nicht vor, indem Ulpian in l. 13 D. 39. 5 einen ganz andern Fall im Sinn habe als Julian, nämlich den, daß der Empfänger in der oben angegebenen Weise unter Mentalreservation den ihm für seinen Repräsentirten übertragenen Besitz für einen anderen ergreife, während Julian in l. 37 § 6 D. 41. 1 den Fall im Auge habe, daß der Stellvertreter dem Tradenten seine Absicht für sich zu erwerben ausdrücklich erklärt habe. Dieß ist die Ansicht der oben im Eingang Angeführten. Eine vierte Meinung vertritt Randa, Besitz § 20, 27, nämlich daß l. 13 D 39. 5 eine Singularität enthalte.

[33] Zweifellos entscheidet hier die Absicht des Tradenten insoferne als wenn seine Willensrichtung nur auf den Empfänger gerichtet ist, dieser für sich Besitz erwirbt, auch wenn er die verschwiegene Absicht hatte, für einen nicht bezeichneten und aufgeführten Auftraggeber Besitz zu erwerben Brinz, Pandekten (2) § 140, 26; Arndts § 145 Anm. 3; Exner, Tradition 139. Bestritten ist, unter welcher Voraussetzung abgesehen von diesem Fall der Besitzerwerb durch einen Stellvertreter stehe. Nach der einen Ansicht erwirbt der Empfänger für für seinen Auftraggeber nur wenn der Tradent von dem Stellvertretungsverhältniß Kenntniß hatte Jhering, Jahrb. I. 319; Windscheid § 155, 2; Förster Eccius § 166, 126; Erk. Darmstadt 1/9 1855 Sf. X. 134; Lübeck 30/4 1831 Sf. XII. 122; München 28/6 1876 Sammlung VI. 19. Nach einer anderen Ansicht ist diese Kenntniß nicht erforderlich Bangerow § 311 Anm. 1; Meischeider, Besitz 274; Exner, Tradition 139, 46 oder dann nicht, wenn dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgiltig ist Hauser, Stellvertretung 18; Goldschmidt, H.R. § 66, 8; Bremer Z. *XX. 73; endlich wird die Kenntnißgabe dann nicht erfordert, wenn sich das Stellvertretungsverhältniß aus den Umständen ergiebt Hauser, Stellvertretung 17, 1; Randa, Besitz § 20, 23 a. Unter diesen Voraussetzungen halten Kenntniß des Tradenten, daß der Empfänger nicht für sich empfangen wolle, nicht für erforderlich Bremer Z. XX. 43; Arndts § 145, 3; Randa, Besitz § 20, 21; Erk. München 4/11 1878 Sf. XXXIV. 179. Das gleiche muß nach Sachsen B.G.B. § 203 angenommen werden.

[34] Vgl. unten Note 57. 63.

Digitized by Google

sentanten entscheidend [35]. Bei freiwilliger Stellvertretung äußert sich der Wille des Vertretenen in einem Auftrag oder in nachträglicher Genehmigung. Es ist bestritten, ob zum Besitzerwerb durch Stellvertreter ein Specialmandat erforderlich sei [36], oder ob ein Generalmandat genüge [37]. Die letztere Ansicht, die jetzt überwiegend befolgt wird, hat auch in der Preußischen [38] und Oesterreichischen Praxis [39] Anerkennung gefunden. Das Stellvertretungsverhältniß muß jedoch ein derartiges sein, daß der Besitzerwerb in die Competenz des Vertreters fällt [40]. Dieß ist der Fall bei Gutsverwaltern [41] und anderen ständigen Gutsbediensteten [42], nicht aber bei Taglöhnern [43], Pächtern und Miethern [44] und dem Nutznießer [45].

---

[35] Windscheid § 155, Nr. 2; Meischeider, Besitz 280; Sachsen B.G.B. § 202.

[36] Dieß nehmen an Savigny, Besitz 365; Brinz, Pandekten (2) § 140, 7; Schirmer, Z. f. C.R. XIV. 175; Erk. Cassel 15/9 1849, Sf. VIII. 231; Rostock 5/9 1855 Sf. XXX. 280.

[37] Hiefür sprechen sich aus: Bremer Z. f. C.R. XI. 211; Arndts § 140, 2; Sintenis, C.R. § 44, 30; Windscheid § 155, 9; Hauser, Stellvertretung 16; Exner, Rechtserwerb 133, 129; Meischeider, Besitz 284; Randa, Besitz § 20, 12; Erk. Oldenburg 14/11 1850 Sf. V. 106; Dresden 4/6 1868 Sf. XXIII. 15; Darmstadt 1/9 1855 Sf. X. 134.

[38] s. Förster Eccius § 160, 116; Dernburg, P. P.R. I. § 154, 5.

[39] Randa, Besitz § 20, 13.

[40] Dieß liegt vor wenn jemand für einen bestimmten Geschäftskreis angestellt ist. Dernburg, P. P.R. I. § 154, 5; Randa, Besitz § 20, 7.

[41] Erk. Celle 2/12 1845 Sf. II. 135; Randa, Besitz § 20, 7; Förster, Eccius § 160, 117; Erk. Cassel 15/9 1849 Sf. VIII. 231 spricht aus, daß eine standesherrliche Domainenkanzlei als procurator omnium bonorum für den Prinzipal Besitz erwerben könne.

[42] So Forstofficianten, Erk. Celle 2/12 1845 Sf. II. 135; Hirten und Schäfern, Erk. Jena 7/6 1849 Sf. IV. 205; Erk. O.Tr. 5/4 1852 Entsch. XXII. 321; 14/7 1857 und 8/2 1859 Striethorst Archiv XXVI. 116, XXXII. 199.

[43] Randa, Besitz § 20, 7.

[44] Randa, Besitz § 20, 15a; Erk. Celle 2/12 1845 Sf. II. 135; Jena 5/9 1828 Sf. XXIII. 214. Damit stimmt auch die Preußische Praxis überein, Erk. O.Tr. 11/3 1858 Striethorst XXIX. 209; Randa, Besitz § 20, 15a; Förster Eccius § 160, 119. Auch für das französische Recht wird dieß angenommen Zachariä § 186, 3. Für das Preußische Recht ist anderer Meinung Dernburg, P. P.R. I. § 154, 8.

[45] Randa, Besitz § 20, 15a. Nach Pr. L.R. I. 21. 98 kann er Besitz erwerben Förster Eccius § 160. 118; Dernburg, P. P.R. I. § 154, 8.

Digitized by Google

Eine Stellvertretung wird auch darin gesehen, wenn eine Handlung, obwohl sie von dem Handelnden zunächst im eigenen Interesse vorgenommen wird, zugleich dem Interesse des Vertretenen dient [46]. Benachrichtigung von der Besitzergreifung durch den beauftragten Vertreter ist zum Besitzerwerb nicht erforderlich [47]. Bei unbeauftragter Stellvertretung ist nachträgliche Genehmigung des Vertretenen erforderlich, deren Wirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zurückzubeziehen ist [48].

2. Akt der Besitzergreifung.

A. Sachenbesitz. Die Besitzergreifung kann durch einseitige Handlungen des Erwerbers oder mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgen. Die Handlung muß so beschaffen sein, daß der Erwerber dadurch die Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache erlangt [49]. Die ältere Meinung ging dahin, daß zur Besitzergreifung körperliche Berührung oder eine diese ersetzende Handlung (symbolische oder fingirte Apprehension) erforderlich sei [50]. Diese Meinung ist längst aufgegeben; es wird vielmehr jede Handlung als genügend angesehen, welche die Möglichkeit sofortiger

---

[46] So bei dem Erwerb einer Servitut durch die Mahlgäste Erk. Dresden 25/10 1845 Sf. II. 11; Cassel 17/3 1860 Sf. XIV. 212; Förster Eccius § 160, 125; durch die Pfarrfrohner Erk. Jena 2/1 1851 Sf. XII. 231; durch die Holzkäufer für Holzfuhren aus fiskalischen Waldungen Erk. Dresden 1836 Sf. III. 11. Gegen diese Auffassung erklärt sich Erk. Wolfenbüttel 14/2 1856 Z. f. Br. III. 45.

[47] l. 49 D. 41. 2; l. 1 Cod. 7. 32; Hauser, Stellvertretung 18, 13; Windscheid § 153, 9; Randa, Besitz § 20, 14b.

[48] Windscheid § 155, 10a; Meischeider, Besitz 228; Exner, Tradition 134; Randa, Besitz § 20, 16. Dieß ist anerkannt in dem Preußischen Recht Förster Eccius, P. P.R. § 42, 30 und § 160, 122, und dem Oesterreichischen Recht A.B.G.B. § 1016; Randa, Besitz § 20, 16. A.M. Savigny, Besitz 316 und Hauser, Stellvertretung 16, 14 und 26, welche diese Rückbeziehung beim Besitz nicht für zulässig halten. Für die letztere Ansicht erklären sich Erk. Jena 2/1 1851 Sf. XII. 231 und Celle 16/1 1855 Sf. XIV. 102; auch ist sie Sachsen B.G.B. § 203 und im französischen Recht recipirt Zachariä § 185b, 3.

[49] Savigny, Besitz 211; Windscheid § 153, 3 und 7; Randa, Besitz § 11, 5 und 10; Bayr. L.R. II. 5. 6; Pr. L.R. I. 7. 50. 51; Förster Eccius § 160, 36; Sachsen B.G.B. § 194.

[50] S. die bei Savigny, Besitz 207 und Randa, Besitz § 11, 40 Angeführten. Die Unterscheidung findet sich noch Bayr. L.R. II. 5. 6.

Digitized by Google

unmittelbarer Einwirkung auf die Sache gewährt [51], und es ist daher nur eine Thatfrage ob in dem einzelnen Fall Besitz ergriffen sei [52]. Durch einseitige Handlungen des Erwerbers kann der Besitz nur dann erworben werden, wenn die Sache nicht von anderen besessen ist [53], oder wenn durch die einseitige Handlung dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird [54]. Mit dem Willen des bisherigen Besitzers wird der Besitz erworben, wenn der bisherige Besitzer dem Erwerber die Verfügung über die Sache überläßt und dieser Besitz ergreift [55]. Als einzelne Besitzerwerbungsakte sind namentlich hervorzuheben:

a. die bloße Gegenwart, wenn der sofortigen Besitzergreifung nichts im Weg steht und die Absicht ausgesprochen oder aus den Umständen zu entnehmen ist (Traditio longa manu) [56];

---

[51] Savigny, Besitz 210; Windscheid § 153, 4 und 8; Randa, Besitz § 11, 5; Förster Eccius § 160, 36.

[52] Randa, Besitz § 11, 5; Förster Eccius § 160, 39.

[53] So bei wilden Thieren § 13 Inst. 2. 1; l. 5 § 1 D. 41. 1; Randa, Besitz § 11, 30; Erk. Glückstadt 20/8 1855 Anz. 56. 149; beim Schatz l. 3 § 3 D. 41. 2; Randa, Besitz § 11, 27; Pr. L.R. I. 7. 55; bei derelinquirten Sachen l. 17 § 1 D. 41. 2; bei Sachen, bei denen durch richterliche Verfügung der Besitz für erledigt erklärt ist l. 52 § 2 D. 41. 2; Pr. L.R. I. 7. 60; Gruchot IV. 473; bei Expropriation Koch, Commentar Note 30 zu Pr. L.R. I. 7. 60.

[54] l. 15 D. 41. 2; Randa, Besitz § 228; Sachsen B.G.B. § 197. Dieß gilt jedoch nicht nach Preußischem Landrecht, nach welchem durch fehlerhafte Besitzergreifung von Seite eines anderen der Besitz nicht verloren geht vgl. unten Note 101.

[55] l. 51 D. 41. 2; l. 74 D. 18. 1; Pr. L.R. I. 7. 58; Förster Eccius § 160, 49. 50. Gegen die Meinung von Brinz, Pandekten (2) § 138, daß bei Tradition Succession in den Besitz eintrete vgl. Bangerow § 202 Anm.; Windscheid § 154, 10; Randa, Besitz § 15, 14; Förster Eccius § 160, 54; Sintenis, C.R. § 44, 8.

[56] l. 18 § 2 D. 41. 2; l. 79 D. 46. 3; Randa, Besitz § 11, 15. 16; Exner, Tradition 97; Meischeider, Besitz 229; Windscheid § 153, 4; Erk. Jena 1/12 1853 Sf. XIII. 296; Dresden 1857 Sf. XII. 5; 21/11 1867 Sf. XXII. 15; Celle 28/5 1878 Sf. XXXIV. 14; München 17/11 1879 Sf. XXXV. 189; Sachsen B.G.B. § 198. 199. Dieß ist auch nach Bayrischem Landrecht nicht ausgeschlossen, da in Bayr. L.R. II. 3. 7 Nr. 6 die Worte »longa vel« vor »brevi manu« durch einen Schreibfehler ausgelassen sind Kreittmayr, Anm. 8 zu L.R. II. 3. 7. Die Erklärung in einer Notariatsurkunde die Sache solle kraft dieser Urkunde überwiesen sein, erfüllt nach Bayrischem Recht die Voraussetzungen der longa manu traditio nicht Erk. Mün-

Digitized by Google

b. Das Constitutum possessorium [57], indem der bisherige Besitzer als Stellvertreter für den neuen Erwerber zu besitzen erklärt. Die Erklärung kann ausdrücklich [58] oder stillschweigend [59] geschehen, muß aber den Willen des Besitzers für den neuen Erwerber detiniren zu wollen unzweideutig ergeben [60], und einen

---

chen 14/4 1872 Bl. XXXVII. 253; 17/11 1879 Sammlg. VIII. 30. Nach Pr. L.R. I. 7. 59 wird durch Willenserklärung des bisherigen Besitzers der Besitz zum Vortheil eines anderen erledigt, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt ist Besitz von der Sache zu ergreifen. Dabei wird jedoch wirkliche Besitzergreifung des Erwerbers vorausgesetzt Erk. O.Tr. 22/9 1835 Pr. S. 22; 24/4 1843 Entsch. IX. 179; Förster, P. P.R. § 160, 67; Heydemann, Einleitung I. 356. A. M. Dernburg, P. P.R. I. § 153, 5 der annimmt, daß hier ein besonderer Apprehensionsakt nicht erforderlich sei. Förster Eccius § 160, 59 erklärt sich gegen die ganze Unterscheidung.

[57] Windscheid § 155, 8; Randa, Besitz § 11, 60; § 20, 18a; Exner, Rechtserwerb 143; Hauser, Stellvertretung 46; Meischeider, Besitz § 64; Heydemann, Einleitung I. 357. Das Französische Recht kennt das Constitutum possessorium nicht.

[58] l. 18 pr. D. 41. 2; Savigny, Besitz 280; Erk. Dresden 4/11 1864 Sf. XIX. 15; Bayr. L.R. II. 5. 7; Sachsen B.G.B. § 201; Oesterreich A.B.G.B. § 319. Nach Pr. L.R. I. 7. 71 ist rechtsgültige Erklärung erforderlich. Es ist bestritten, ob dazu die Vertragsform nothwendig sei vgl. Meischeider, Besitz 225; Heydemann, Einleitung I. 358. Nach Pl. B. O.Tr. Berlin 20/11 1854 Entsch. XXIX. 1 muß diejenige Form beobachtet werden, welche das Preußische Landrecht für das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft vorschreibt. Dieser Auffassung schließt sich Erk. R.G. 24/3 1880 Entsch. I. 139 an Förster Eccius § 160, 74. Förster, P. P.R. § 160, 73 hatte sich dagegen erklärt.

[59] Es gilt dieß namentlich vom Miethen einer geschenkten Sache l. 77 D. 6. 1 und dem Vorbehalt des Nießbrauchs einer veräußerten Sache l. 28. l. 35 § 5 Cod. 8. 54; Savigny, Besitz 321; Erk. Dresden 4/11 1864 Sf. XIX. 15; Bayr. L.R. II. 5. 7 Nr. 1; Erk. München 17/11 1879 Sammlg. VIII. 30; Pr. L.R. I. 7. 72. 73; Erk. München 23/12 1881 Sammlg. IX. 135; ferner von der gegenseitigen Besitzübertragung bei der societas omnium bonorum. l. 1 § 1. l. 2 D. 17. 2; Hauser, Stellvertretung 49, 8.

[60] Die Erklärung, daß der Veräußerer nur Detentor sein wolle, muß ausdrücklich und bestimmt gegeben sein Erk. München 22/6 1867 Sf. XXV. 98; Celle 26/5 1862 Sf. XXII. 58; 28/5 1878 Sf. XXXIV. 13. Für genügend halten die vom Erwerber angenommene Erklärung des Veräußerers, daß tradirt sein solle Goldschmidt, H.R. (1) I. 609. 11a; Erk. Rostock 20/2 1872 Sf. XXX. 119; dagegen ist die einseitige Erklärung des Veräußerers, daß tradirt sein solle nicht für genügend zu erachten l. 48 D. 41. 2; Windscheid § 153, 8a; Meischeider, Besitz 290; Erk. Lübeck 25/11 1841 Sf. X. 229; Wolfenbüttel 14/11 1860 Sf. XXIV. 211.

Digitized by Google

Rechtsgrund für die Detention des bisherigen Besitzers erkennen lassen [61]. Bestritten ist, ob auch der Besitzer, der den Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, durch Constitutum possessorium einen Dritten in Besitz setzen könne [62];

c. die Anweisung indem der Besitzer seinen Detentor beauftragt die Sache für einen anderen innezuhaben [63], welcher mit Kenntnißnahme von der Anweisung an den Detentor Besitz erwirbt [64];

d. die brevi manu traditio indem der Besitzer erklärt, daß der bisherige Inhaber nunmehr Besitzer sei [65];

---

[61] Windscheid § 155, 8a; Exner, Tradition 142; Meischeider, Besitz 290; Erk. R.G. 8/11 1881 Entsch. V. 49; München 8/10 1880 Sammlung VIII. 204; Bayr. L.R. II. 5. 7. Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 201; Förster Eccius § 160, 75.

[62] Die Zulässigkeit nehmen an Savigny, Besitz 320, 1; Windscheid § 400, 7c; Randa, Besitz § 20, 19a; Erk. Berlin 19/6 1868 Sf. XXIV. 310; Lübeck 6/6 71 Sf. XXX. 8. Dagegen erklären sich Bangerow § 643 Anm. 2; Ruhstrat in Ihering Jahrb. XIV. 341; Wendt in Ihering XXI. 251. Es ist gegen die bejahende Meinung anzuführen, daß das Constitutum possessorium die Erklärung voraussetzt, daß der Erklärende die Sache für den neuen Besitzer innehaben wolle, was unzulässig ist, wenn nicht er sondern ein Dritter die Sache innehat. Es scheint mir in einem solchen Fall vielmehr eine Anweisung vorzuliegen, wie dieß auch in Erk. München 24/2 1874 Sf. XXXI. 203 angenommen wird.

[63] Exner, Tradition 142, 52; Randa, Besitz § 20, 19c; Pr. L.R. I. 7. 66—69; Dernburg, P. P.R. I. § 152, 9; Heydemann, Einleitung I. 356; Sachsen B.G.B. § 201.

[64] Der Besitzerwerb tritt hier mit der Benachrichtigung des Vertreters ein Erk. Lübeck 6/6 1871 Sf. XXX. 8; München 14/2 1874 Sf. XXXI. 203; Sachsen B.G.B. § 201. Nach Pr. L.R. I. 7. 67 erfolgt der Besitzerwerb mit Uebergabe der schriftlichen Anweisung an den Erwerber Dernburg, P. P.R. I. § 152, 9; Förster Eccius § 160, 68.

[65] l. 9 § 5 D. 41. 1; Windscheid § 154, 2; Randa, Besitz § 11, 35; Erk. München 7/11 1877 Sf. XXXIV. 276; Bayr. L.R. II. 3. 7. Nr. 6; Pr. L.R. I. 7. 70; Förster Eccius § 160, 70; Sachsen B.G.B. § 200; Oesterreich A.B.G.B. § 428; C. c. Art. 1606. Gemeinrechtlich l. 9 § 5 D. 41. 1 und nach C. c. Art. 1606 Nr. 3 erfolgt hier der Besitzerwerb durch die Uebereinkunft, welche die Tradition ersetzt, nach Sachsen B.G.B. § 200 durch den Willen des Erwerbers, nach Pr. L.R. I. 7. 70 und Oesterreich A.B.G.B. § 428 durch die Erklärung des bisherigen Besitzers. Nach Preußischem Recht ist bei Objekten, deren Werth über 150 M. beträgt, Schriftlichkeit der Erklärung erforderlich Erk. O.Tr. 19/6 1861 Entsch. XLVI. 38.

Digitized by Google

e. die Umschreibung im Grundbuch. Nach einzelnen Rechten ist die Besitzübertragung von Grundstücken in der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch gegeben [66];

f. die körperliche Ergreifung. Diese kann entweder in einer wirklichen Ergreifung bestehen, daher bei beweglichen Sachen durch Berühren mit der Hand [67], bei unbeweglichen Sachen durch Betreten mit den Füßen [68], oder in einer Handlung, aus der sich die Besitzergreifung entnehmen läßt [69], wie Aufsetzen eines Zeichens [70], Umzäunung und Begrenzung eines Grundstücks [71], Bestellung eines Grundstücks [72], Empfangnahme durch Schlüsselübergabe [73] oder Uebergabe der Vertragsurkunden [74], Bestellung einer

[66] Vgl. unten § 261, 5; Kuntze zu Holzschuher, Theorie § 106, 1a.

[67] Bayr. L.R. II. 5. 6; Pr. L.R. I. 7. 61; Sachsen B.G.B. § 191; Oesterreich A.B.G.B. § 313.

[68] l. 3 § 2 D. 41. 2; Windscheid § 153, 5; Exner, Tradition 95; Bayr. L.R. II. 5. 6; Pr. L.R. I. 7. 61; Sachsen B.G.B. § 196; Oesterreich A.B.G.B. § 312; Zachariä § 354, 4.

[69] Dieß wird von älteren Schriftstellern fingirte Apprehension genannt s. Randa, Besitz § 11, 40; Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 8; Pr. L.R. I. 7. 61 nennt dieß symbolische Tradition.

[70] l. 14 § 1 D. 18. 6; Windscheid § 154, 1; Randa, Besitz § 11, 19; Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 8; Pr. L.R. I. 7. 62—65; Oesterreich A.B.G.B. § 312. 427. Nach Lübeck Erk. 19/2 1850 Sf. III. 145 ist das Signiren einer in fremdem Gewahrsam befindlichen und verbleibenden Waare nicht als Apprehensionsakt aufzufassen.

[71] Randa, Besitz § 11, 34; Sachsen B.G.B. § 196; Oesterreich A.B.G.B. § 312.

[72] Erk. O.Tr. Berlin Entsch. XLVI. 45; Förster Eccius § 160, 39; Sachsen B.G.B. § 196; Oesterreich A.B.G.B. § 312.

[73] l. 74 D. 18. 1; Savigny, Besitz 223; Pr. L.R. I. 7. 65; Förster, Eccius § 160, 64; Sachsen B.G.B. § 199; Oesterreich A.B.G.B. § 427. Voraussetzung ist dabei, daß die Uebergabe in der Nähe des verschlossenen Raumes erfolgt. Exner, Tradition 100, 33; Brinz, Pandekten (2) § 137, 31; Förster, Eccius § 160, 65. Ausdrücklich bestimmt ist dieß Sachsen B.G.B. § 199. Nicht für erforderlich halten die Nähe Erk. Dresden 7/3 1849 Sf. III. 5; Jhering, Grund des Besitzschutzes 207; Randa, Besitz § 11, 26a; Dernburg, P.P.R. I. § 152, 6. Die Meinung, daß das in l. 74 D. 18. 1 ausgesprochene Erforderniß der Nähe nach allgemeiner Uebung nicht mehr bestehe, bildete sich erst seit dem 18. Jahrhundert aus Exner, Tradition 158, 17.

[74] l. 1 Cod. 8. 54; Savigny, Besitz 220; Bayr. L.R. II. 5. 6. Nr. 8. Auch hier ist gemeinrechtlich Gegenwart der zu übergebenden Sache vorausgesetzt Goldschmidt, H.R. § 67, 7; Savigny, Besitz 221, 1. A. M. Meischeider, Besitz 253; Dernburg, P.P.R. I. § 152, 5; s. über diese Frage Randa, Besitz § 11,

Digitized by Google

Aufsicht durch den Erwerber [75] und Uebergabe in den Gewahrsam desselben [76]. Bei Versendung von Waaren wird gemeinrechtlich der Besitzerwerb nicht mit Ablieferung an den Frachtführer, insofern dieser nicht zur Uebernahme ermächtigt ist, sondern mit Uebergabe an den Destinatär vollzogen [77]. Dagegen tritt nach Preußischem [78] Sächsischem [79] und Oesterreichischem Recht [80] Besitzerwerb des Destinatärs durch Uebergabe an den Frachtführer ein, wenn der Empfänger die Versendungsart bestimmt hat. Manche nehmen die Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch symbolische Tradition an, welche darin bestehen soll, daß der Besitz einer nicht gegenwärtigen Sache durch den Gebrauch von Zeichen übertragen wird [81]. Allein es ist dieß nicht nur gemeinrechtlich nicht begründet [82], sondern es

---

54. Nach Erk. Lübeck 31/12 1839 Sf. VIII. 111 und 25/11 1841 Sf. X. 232 wird durch Uebergabe der Schiffspapiere der Besitz eines auswärts befindlichen Schiffs übertragen. Das Preußische Landrecht erwähnt die Uebergabe durch Urkunden nicht Gruchot, Beiträge IV. 473. Im Oesterreichischen und Französischen Recht hat die Uebergabe durch Urkunden die Bedeutung der symbolischen Tradition unten Note 86.

[75] l. 51 D. 41. 2; Randa, Besitz § 11, 22; Erk. Lübeck 28/10 1862 Sf. XVIII. 13; Sachsen B.G.B. § 196.

[76] l. 18 § 2 D. 41. 2; Savigny, Besitz 226; Exner, Tradition 102 f.; Randa, Besitz § 11, 23; Sachsen B.G.B. § 196; Erk. Stuttgart 31/10 1856 Sf. XIII. 82. In diesem Fall ist persönliche Gegenwart des Besitzerwerbers nicht erforderlich l. 51. l. 55 D. 41. 2; Puchta, R.L. II. 57, 57; Exner, Tradition 104.

[77] Goldschmidt, H.R. § 66, 16; Meischeider, Besitz 298; Randa, Besitz § 12, 63; Erk. Stuttgart 16/8 1853 Sf. VII. 7; München 14/7 1873 Sf. XXX. 120. Gegen die Ansicht von Hauser, Stellvertretung 64, daß bei Ablieferung an einen vom Käufer bezeichneten Frachtführer ein constitutum possessorium anzunehmen sei s. Windscheid § 155, 8 a. Nr. 2; Erk. München 14/7 1873 Sf. XXX. 120.

[78] Pr. L.R. I. 11. 128—130; Meischeider, Besitz 299.

[79] Sachsen B.G.B. § 204.

[80] Österreich A.B.G.B. § 429. Gegen die Meinung von Exner, Tradition 147, daß in dem Oesterreichischen Recht der Besitzerwerb durch Auslieferung an den Frachtführer nicht bestimmt sei s. Randa, Besitz § 11, 64.

[81] Vgl. über die symbolische Tradition Goldschmidt, H.R. § 67; Exner, Tradition 152 f.; Meischeider, Besitz § 51.

[82] Savigny, Besitz 207; Kuntze zu Holzschuher Theorie § 106. Nr. I. a; Goldschmidt, H.R. § 67, 7; Erk. Lübeck 22/12 49 Sf. VI. 241; Darmstadt 29/11 1861 Sf. XVII. 117; Stuttgart 16/8 1853 Sf. VII. 8.

Digitized by Google

ist auch nach Preußischem [83] und Sächsischem Recht [84] nicht anwendbar, während das Oesterreichische [85] und Französische Recht [86] die Möglichkeit anerkennt. Der Besitz einer Gesammtsache wird nach Bayrischem und Preußischem Recht durch Besitzergreifung einzelner dazu gehöriger Sachen erworben [87].

B. Rechtsbesitz. Der Erwerb des Rechtsbesitzes setzt die Ausübung des Rechts voraus [88]. Bestritten ist dabei ob wie bei dem Sachbesitz die bloße Möglichkeit der Ausübung der wirklichen Ausübung gleichstehe. Während die eine Meinung dieß allgemein bejaht [89], eine andere Meinung dieß allgemein verneint [90], unterscheidet eine dritte Meinung die mit einem Immobile aktiv verbundenen und die übrigen Rechte, und nimmt nur bei den ersteren, nicht aber bei den letzteren die Möglichkeit der Ausübung für die

---

[83] Die in Pr. L.R. I. 7. 61—65 als symbolische bezeichneten Traditionsfälle sind nicht symbolische Tradition im eigentlichen Sinn, weil dabei vorausgesetzt wird, daß der Erwerber auf die Sache unmittelbar einwirken kann Förster Eccius § 160, 62. Mit Recht wird daher von Gruchot IV. 473, Förster Eccius § 160, 12 und Randa, Besitz § 11, 41 angenommen, daß das Gesetz symbolische Tradition im eigentlichen Sinn nicht anerkenne. A.M. Dernburg, P. P.R. I. § 152. Nr. 1. Erk. O.Tr. 8/7 1839 Präj. S. I. 23 nimmt Besitzübertragung durch Aushändigung des Ladescheins an vgl. Dernburg, P. P.R. I § 152, 7; Gruchot IV. 482.

[84] Das sächsische B.G.B. hat die symbolische Tradition durch Nichterwähnen beseitigt Randa, Besitz § 11, 41.

[85] Als solche erscheint nur die A.B.G.B. § 427 erwähnte symbolische Tradition durch Uebergabe von Urkunden Randa, Besitz § 11, 55. Exner, Tradition 175 will auch dieß nicht als einen Fall der symbolischen Tradition anerkennen; dagegen Randa, Besitz § 11, 14.

[86] C. c. Art. 1605 gestattet bei Immobilien symbolische Tradition durch Uebergabe der Eigenthumsurkunden. Randa, Besitz § 11, 41 und 54.

[87] Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 4; Pr. L.R. I. 7. 53. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht gilt dieser Grundsatz nicht oben § 226, 36.

[88] l. 20 D. 8. 1; Randa, Besitz § 26, 1; Erk. München 9/6 1880 Sammlung VIII. 164; Pr. L.R. I. 7. 5; Oesterreich A.B.G.B. § 313.

[89] Unterholzner, Verjährungslehre II. § 209; Bruns, Besitz 476; Windscheid § 163, 5; Exner, Tradition 120, 66.

[90] Elvers Servituten 675; Brinz, Pandekten (1) S. 80 (2) § 196, 6; Randa, Besitz § 26, 1, welcher jedoch die Ausnahme für Personalservituten unten Note 96 aufrecht erhält. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 312 wird Rechtsbesitz nur durch Ausübung erworben Randa, Besitz § 26, 1.

Digitized by Google

Ausübung selbst[91], was jedoch nur auf die Erwerbung schon bestehender Rechte dieser Art Anwendung findet[92]. Insbesondere erfolgt die Ausübung bei affirmativen Prädialservituten durch Vornahme der Handlung, welche den Inhalt der Berechtigung bilden soll[93], oder Herstellung der dazu erforderlichen Vorrichtungen[94], bei negativen Servituten durch Einräumung des Verbietungsrechts von Seite des Eigenthümers des dienenden Grundstücks, durch richterliches Erkenntniß oder durch erfolgreiches Verbot der Handlung, deren Unterlassung den Inhalt der Servitut bildet[95], bei persönlichen Servituten, die mit der Detention einer Sache verbunden sind durch Besitzerwerb an dem betreffenden Gegenstand[96], bei

[91] Gemeinrechtlich gilt dieß nur bei Personalservituten unten Note 96, womit Sachsen B.G.B. § 602 übereinstimmt. Nach Pr. L.R. I. 7. 77 wird der Besitz von Rechten, die mit einer Sache aktiv verbunden sind mit dem Besitz der Sache erworben Erk. O.Tr. Berlin 22/1 60 Entsch. XLII. 46; Förster Eccius § 160, 81. 82; Dernburg, P. P.R. I. § 153, 7.

[92] Förster Eccius § 160, 90.

[93] l. 25 D. 8. 6; Savigny, Besitz 480; Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 7. Dieß gilt auch nach Pr. L.R. I. 7. 81, das sie zu den negativen Rechten rechnet Förster Eccius § 160, 91; Dernburg, P. P.R. I. § 161, 8. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin verlangte dabei scientia et patientia domini, während neuerdings dieß Erforderniß nicht mehr angenommen wird Savigny, Besitz 481; Randa, Besitz § 27, 14; damit stimmt Sachsen B.G.B. § 585 und die Oesterreichische Praxis überrein Randa, Besitz 27, 17. Dagegen ist die Voraussetzung in Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 7 ausgesprochen Erk. München 22/12 1855 Bl. XXI. 365; 15/6 1877 Sammlg. VI. 292, und die Preußische Praxis erkennt sie in Anlehnung an Pr. L.R. I. 7. 81 an Förster Eccius § 160, 97; Dernburg, P. P.R. I. § 161, 9; Gruchot, Beiträge V. 296.

[94] l. 20 pr. D. 8. 2; Savigny, Besitz 492; Elvers, Servituten 676; Randa, Besitz § 27, 21; Sachsen B.G.B. § 557.

[95] l. 6 § 1 D. 8. 5; l. 15 D. 39. 1; l. 45 D. 39. 2. Savigny, Besitz 495; Windscheid § 163, 4; Randa, Besitz § 28, 3. 7—14; Bayr. L.R. II. 5. 6 Nr. 7; Erk. Darmstadt Präjudiz Nr. 47; Erk. Stuttgart 13/9 1854 Sf. XIV. 13; Jena 10/1 1868 Sf. XXV. 8; Rostock 3/6 1873 Sf. XXXII. 114; Pr. L.R. I. 7. 86. 87; Förster Eccius § 160, 99; Dernburg, P. P.R. I. § 161, 11; Sachsen, B.G.B. § 558; Oesterreich A.B.G.B. § 313 und 1459; Exner, Tradition 123. Das Unterlassen der betreffenden Handlung ohne ausdrückliches Verbot oder Einräumung des Verbietungsrechts ist zum Besitzerwerb nicht genügend. Erk. Jena 20/3 1823 Sf. VI. 15; Stuttgart 13/9 1854 Sf. XIV. 13. Analog anwendbar sind diese Grundsätze auf den Besitzerwerb anderer Verbietungsrechte z. B. der Bannrechte Erk. Jena 10/1 1868 Sf. XXV. 8; vgl. Randa, Besitz § 29.

[96] Gemeinrechtlich ist der Besitzerwerb mit Besitzergreifung der Sache

Digitized by Google

Reallasten durch Ausübung des betreffenden Inhalts [97]. Als allgemeine Regel gilt dabei, daß zu Erwerbung des Rechtsbesitzes einmalige Ausübung genügt [98].

III. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht kommt es auf die Beschaffenheit des Besitzes nicht an [99]; fehlerhafte Besitzergreifung gewährt dem vorhergehenden Besitzer nur eine Klage oder Einrede gegen denjenigen, der den Besitz fehlerhaft erworben hat [100]. Hievon weicht das Preußische Recht insoferne ab, als nach den Bestimmungen desselben durch fehlerhafte Besitzergreifung [101] eines Dritten der Besitz nicht verloren geht, solange der Besitzer die Gewahrsam wieder erlangen kann, wohl aber dadurch, daß die letztere Möglichkeit wegfällt [102]. Dagegen erstreckt sich dieß nicht auf den Fall, daß

geschehen l. 3 pr. D. 7. 1; Savigny, Besitz 474; Arndts § 187 c; Randa, Besitz § 26, 1. § 27, 8; Holzschuher, Theorie § 84 Nr. 8. Dasselbe gilt nach Preußischem Recht Förster, Eccius § 161, 80 und Sachsen B.G.B. § 602. Für das Oesterreichische Recht hält Randa, Besitz § 27, 11 Ausübung für den Besitzerwerb persönlicher Dienstbarkeiten für erforderlich.

[97] Duncker, Z. f. d. R. II. 58. 62 und Reallasten 99; Randa, Besitz § 30, 3 b; Oesterreich A.B.G.B. § 1313; Pr. L.R. I. 7. 80; Förster Eccius § 60, 90. Es sind dieß die affirmativen Rechte des preußischen Rechts. Voraussetzung ist dabei, daß die Reallast als Schuldigkeit gefordert und geleistet worden sei Duncker, Z. f. D. R. II. 66 und Reallasten 100; Randa, Besitz § 30 II; Förster Eccius § 160, 90. Nach Pr. L.R. I. 7. 107 spricht bei Leistungen die Vermuthung für die Absicht, daß sie als Schuldigkeit geleistet seien, und es bedarf daher keines Nachweises von Seite des Berechtigten, daß er die Leistung als Schuldigkeit in Anspruch genommen habe. O.A.G. München Pl. B. 5/3 1847. Moritz I. 2; Erk. München 16/12 1872 Sammlung II. 136.

[98] Duncker, Z. f. D. R. II 59 und Reallasten 99, 145; Erk. Rostock 3/6 1873 Sf. XXXII. 114. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster Eccius § 160, 87 und Oesterreichischem Recht Randa, Besitz § 26, 5. Dagegen ist nach Bayrischem Landrecht bei affirmativen Servituten einmalige Ausübung nur dann genügend, wenn der Eigenthümer des Grundstücks damit einverstanden ist vgl. oben Note 93 und Erk. München 15/6 1877 Sammlg. VI. 292.

[99] l. 15 D. 41. 2; Savigny, Besitz 325; Randa, Besitz § 14, 9; Sachsen B.G.B. § 213. 214. Ueber das Oesterreichische Recht vgl. Randa, Besitz § 22, 28.

[100] Vgl. unten § 229, 86 und 125.

[101] Pr. L.R. I. 7. 96—98. 106. Als Besitzfehler sind hier bezeichnet die Besitzergreifung durch Gewalt und Betrug und die heimlich und mit Mißbrauch der Gefälligkeit des Besitzers unternommene. Vgl. über diese Besitzfehler Heydemann, Einleitung I. 364; Förster Eccius § 160, 143—152.

Digitized by Google

die fehlerhaft aus dem Besitz gekommene Sache fehlerfrei von einem Dritten erworben wird [103], noch erstreckt die fehlerhafte Besitzergreifung ihre Wirkung auf die Beziehungen zu anderen Personen als dem bisherigen Besitzer [104]. Nach Französischem Recht ist nach der einen Meinung der Besitzschutz des fehlerhaften Besitzes allgemein nach der anderen nur dem gegenüber ausgeschlossen, dem der Besitz fehlerhaft entzogen ist [105].

IV. Umfang des Besitzerwerbs. Der Besitz geht im Zweifel in dem Umfang auf den Erwerber über, in dem er bisher ausgeübt wurde, und in welchem er nach der erkennbaren Absicht des Erwerbers erworben werden soll [106]. Bildet die Sache eine Einheit, so ist mit Besitznahme eines Theils die ganze Sache erworben [107]. Die Besitzergreifung der Hauptsache erstreckt sich auch auf die bei der Sache befindlichen Pertinenzen [108].

---

[103] Pr. L.R. I. 7. 111—113. 116. Die Bestimmung, daß der Verlust der Gewahrsam den Verlust des Besitzes dann zur Folge habe, wenn es dem Besitzer durch ein die Sache selbst und deren Substanz berührendes Ereigniß unmöglich werde die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen, wird von den einen auf die fehlerhafte Besitzergreifung wörtlich angewendet, was den Besitzerwerb dessen, der fehlerhaft die Gewahrsam erhalten hat, fast ganz ausschließt so Bornemann, System I. 260, Dernburg, P. P.R. I. § 153, 6, Randa, Besitz § 22, 28. Dagegen nehmen andere mit Recht an, daß nicht nur Veränderungen in der Substanz der Sache, sondern auch Veränderung in ihrer Lage Besitzverlust herbeiführen könne, und dieser auch dann eintrete, wenn die Gewahrsam wegen Verborgenheit oder Entfernung des Inhabers nicht wieder erlangt werden könne Koch, Besitz 203; Förster Eccius § 161, 29. Ueber andere Erklärungsversuche vgl. Förster Eccius § 161, 22.

[104] Pr. L.R. I. 7. 122. In der Preußischen Praxis ist es daher als zweifellos anerkannt, daß die fehlerhafte Ergreifung den Besitzerwerb nur für die Person des Ergreifenden nicht die seines fehlerfreien Nachfolgers hindert Heydemann, Einleitung I. 364; Förster Eccius § 160, 142; § 162, 87; Präjudiz O.Tr. Nr. 1158; Erk. O.Tr. 2/12 1858 Zusammenstellung V. 26.

[105] Vgl. unten § 229, 150.

[106] Vgl. unten § 229, 155.

[106] Dernburg, P. P.R. I. § 153, 6 f.; Oesterreich A.B.G.B. § 315.

[107] Dernburg, P. P.R. I. § 153, 6; Kreittmayr, Anm. a zu L.R. II. 5. 6; Erk. München 27/12 1872 Sammlung II. 138. Es erstreckt sich dieß namentlich auch auf Nebensachen und Accessionen.

[108] Pr. L.R. I. 7. 52—54 Dernburg, P. P.R. I. 153, 7.

Digitized by Google

§ 228.

V. Verlust des Besitzes.

Der Besitz dauert fort bis ein Umstand eintritt, der eines der beiden Momente, auf deren Zusammentreffen er beruht, aufhebt, bis also der Besitzer nicht mehr besitzen kann oder nicht mehr besitzen will [1]. Der Besitz geht an sich verloren mit dem Tod des Besitzers, da der Besitz nicht vererbt [2], und hier Besitzwille und Möglichkeit des Besitzes zugleich aufhört [3]; ferner wenn der Besitzer nicht mehr besitzen darf [4]. Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer nicht mehr besitzen will; der Wille muß auf Aufgeben des Besitzes gerichtet sein; durch eintretende Willensunfähigkeit geht der erworbene Besitz nicht verloren [5]. Der Besitzaufgebungswille kann nur von solchen gefaßt werden, die willensfähig und handlungsfähig sind; daher können unter Curatel stehende Personen

---

[1] l. 8 D. 41. 2; Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 3; Pr. L.R. I. 7. 113; Randa, Besitz § 21, 2a; Erk. Jena Bl. f. Thür. XII. 368.

[2] l. 23 pr. D. 41. 2; Windscheid § 156, 12; Randa, Besitz § 15, 6; Bayr. L.R. II. 5. 9 Nr. 1; Erk. Lübeck 10/10 1825 Post, P.R. II. 1. 84. 2 (für Bremen). Das gleiche gilt nach Sachsen B.G.B. § 2288 und dem Oesterreichischen Recht Randa, Besitz § 15, 4 und 12a. Die gegentheilige Meinung führt aus Zrodlowski, Untersuchungen 66 f. Abweichend von den Grundsätzen des gemeinen Rechts geht nach den Rechten von Hamburg und Lübeck der Besitz auf die Erben über Baumeister, P.R. II. 376; Plitt, E.R. 96. Das gleiche wurde früher für das Preußische Recht angenommen Strohn in Striethorst, Archiv XVIII, 340; Heydemann, Einleitung I. 351, der Pl. B.O.Tr. Berlin 7/11 1849 Entsch. XVIII. 1 hat jedoch den entgegengesetzten Grundsatz anerkannt; Gruchot, Beiträge IV. 464 Nr. 3; Koch, E.R. § 7; Förster Eccius § 161, 53; § 162, 56. Nach französischem Recht wird Uebergang auf die Erben angenommen Zachariä § 185 b, 3; a. M. Randa, Besitz § 15, 13.

[3] Windscheid § 156, 12; Randa, Besitz § 22, 2.

[4] Dieß ist der Fall, wenn die Sache dem gemeinen Verkehr entzogen wird l. 3 § 17 l. 30 § 1 D 41. 2; Randa, Besitz § 22, 18; Meischeider, Besitz 24, 2. Nach Pr. L.R. I. 7. 131—133 tritt dieß auch ein bei Besitzerwerb auf Zeit oder unter einer Resolutivbedingung mit Eintritt des Zeitpunkts oder der Bedingung Förster Eccius § 161, 55; Dernburg, P. P.R. I. § 155, 14. Gemeinrechtlich und nach den anderen Landesrechten gilt dieser Grundsatz nicht Randa, Besitz § 22, 37; § 32, 7.

[5] l. 27. 29 D. 41. 2; Savigny, Besitz 329. 355; Randa, Besitz § 21, 5; Meischeider, Besitz 312; Pr. L.R. I. 7. 115; Förster Eccius § 161, 33—35 Oesterreich A.B.G.B. § 352.

Digitized by Google

für sich allein den Besitzaufgebungswillen nicht fassen [6]. Der Besitzaufgebungswille kann auf Dereliktion oder Uebertragung auf ein anderes Rechtssubjekt gerichtet sein. Die Absicht der Dereliktion kann bestimmt ausgesprochen sein [7], oder aus concludenten Handlungen sich ergeben. Als solche erscheint keinenfalls bloß vorübergehende Abwesenheit [8], Verlassen einer Sache im Fall einer Gefahr [9], das Unterlassen von Besitzhandlungen [10], Anstellung der Eigenthumsklage [11]; ebensowenig ist Unterlassung der Diligenz, mit der ein Eigenthümer die Sache zu behandeln pflegt [12], als concludente Handlung aufzufassen. Ob gänzliche Vernachläßigung des Besitzes als solche aufzufassen sei, ist bestritten [13]. Ist der Wille

---

[6] Es wird Veräußerungsfähigkeit vorausgesetzt; handlungsunfähige Personen können daher solo corpore nicht aber solo animo den Besitz verlieren l. 27. 29 D. 41. 2; Windscheid § 156, 11; Randa, Besitz § 22, 10; Förster Eccius § 161, 35.

[7] l. 17 § 1 D. 41. 2; Randa, Besitz § 22, 5; Pr. L.R. I. 7. 117; Sachsen B.G.B. § 211; Oesterreich A.B.G.B. § 349

[8] l. 3 § 11 D. 41. 2; l. 1 § 25 D. 43. 16; Savigny, Besitz 347; Randa, Besitz § 22, 7 und 30; Bayr. L.R. II. 5. 9 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 212; Oesterreich A.B.G.B. § 352.

[9] l. 4 Cod. 7. 32; Savigny, Besitz 360, 2; Randa, Besitz § 22, 6 a.

[10] Randa, Besitz § 22, 6 a; Förster Eccius § 161, 37; Sachsen, B.G.B. § 212. Der Rechtsbesitz geht durch Nichtgebrauch nur verloren insoferne damit Erlöschen des Rechts durch Verjährung concurrirt Savigny, Besitz 474; Unterholzner, Verjährung § 214; Elvers, Servituten 679; Kreittmayr, Anm. 5 zu L.R. II. 5. 9; Pr. L.R. I. 7. 130; Koch, Besitz 210; Förster Eccius § 161, 42 und 58; Österreich A.B.G.B. § 351. A. M. Puchta, R.L. II. 72, der Besitzverlust durch Nichtausübung überhaupt nicht eintreten läßt, und Randa, Besitz § 33. 4, der durch Nichtausübung den Besitz nur erlöschen läßt insoferne daraus auf den Besitzaufgebungswillen geschlossen werden kann. Ueber die Auffassung Savignys, daß während der Verjährungszeit der Besitz suspendirt sei, vgl. Windscheid § 163, 11; Randa, Besitz § 34, 1.

[11] L. 12 § 1 D. 41. 2; Savigny, Besitz 358, 1; Randa, Besitz § 22. 7.

[12] Dieß nehmen an Ihering, Grund des Besitzschutzes 216; Baron, Pandekten § 118, 12; Arndts, Pandekten § 142, 5; s. dagegen Randa, Besitz § 21, 5 a, § 22, 4 und 21; Brinz, Pandekten (2) § 141, 25.

[13] Als eine solche wird gemeinrechtlich nach l. 37 § 1 D. 41. 3 gänzliche Vernachläßigung des Besitzes angenommen Savigny, Besitz 360; Bruns in Becker Jahrb. IV. 143; Hauser, Stellvertretung 33. 9. Erk. Glückstadt 17/10 1866 Anz. 67. 12 spricht aus, daß die Räumung einer Landstelle von Seiten des Besitzers unter Mitnahme des gesammten Mobiliars als beabsichtigte Dereliktion anzusehen sei. Gegen diese Auslegung erklären sich Geiger, Z. f. C.R.

Digitized by Google

auf Uebertragung gerichtet, so tritt Besitzverlust erst mit Besitzerwerb von Seite des Uebernehmers ein [14]. Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer nicht mehr besitzen kann. Dieß tritt beim Sachbesitz ein, wenn dem Besitzer jede Einwirkung auf die Sache dauernd unmöglich wird [15]. Bei unbeweglichen Sachen liegt dieß vor bei Besitzerwerb von Seite eines Dritten durch Uebertragung [16], wenn der Besitzer durch ein äußeres Ereigniß [17] oder durch Gewalt des Besitzes entsetzt wird [18], und gemeinrechtlich und nach

XIII. 245; Schirmer, Z. f. C.R. XI. 401; Lenz, Besitz 228 f. darüber Randa, Besitz § 22, 15. Die neueren Landesrechte schließen sich der Ansicht an, welche das gänzliche Unterlassen von Besitzhandlungen der Dereliktion nicht gleichstellt Koch, Besitz 206, 3; Sachsen B.G.B. § 212; Oesterreich, A.B.G.B. § 351; Randa, Besitz § 22, 16; Aubry § 179, 17.

[14] Die römischen Juristen waren hier verschiedener Meinung, indem Ulpian l. 34 pr. D. 41. 2 und Papinian l. 18 pr. D. 43. 16 die im Text ausgesprochene Meinung gegen Celsus vertheidigten der l. 18 § 1 D. 41. 2 den Besitzerwerb des Uebernehmers für nicht erforderlich erklärt. Der Widerspruch dieser Stellen ist offenbar und sie lassen sich nicht vereinigen s. die ausführliche Erörterung dieser Streitfrage bei Randa, Besitz § 22, 9 und Meischeider, Besitz 316—322. Für die erstere Meinung erklären sich Windscheid § 156, 10; Arndts § 142, 2; Exner, Tradition 13, 30; Meischeider, Besitz 321; für die letztere Brinz, Pandekten (2) § 141, 8; Randa, Besitz § 22, 9. Für das Preußische Recht schließen sich auf Grund der Bestimmung Pr. L.R. I. 7. 123 der ersteren Meinung an Gruchot V. 331; Förster Eccius § 161. 50; Randa, Besitz § 22, 9.

[15] Savigny, Besitz 339; Windscheid § 165, 5; Randa, Besitz § 21, 4a; § 22, 21 und 23; Bayr. L.R. II. 5. 9 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 211; Oesterreich A.B.G.B. § 349. Nach Pr. L.R. I. 7. 116 und 123 tritt dieß nur ein bei Uebertragung des Besitzes und wenn die verlorene Gewahrsam nicht wieder hergestellt werden kann. Vgl. oben § 228, 54 und 102.

[16] Vgl. Note 14.

[17] Z. B. Ueberschwemmung l. 3 § 17 D. 41. 2; Windscheid § 156, 5; Pr. L.R. I. 7. 116; Erk. O.Tr. 19/6 1863 Entsch. L. 57; Förster Eccius § 161, 52.

[18] l. 1 § 45 und 47 D. 43. 16; Savigny, Besitz 346; Windscheid § 156, 5; Randa, Besitz § 22, 32; Bayr. L.R. II. 5. 9 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 214; Oesterreich A.B.G.B. § 349; Randa, Besitz § 22, 32 und 34. Dabei ist es nicht erforderlich, daß sich der Dejicient selbst in Besitz gesetzt habe, es reicht zum Besitzverlust hin, daß der Besitzer entsetzt worden ist. Vgl. unten § 229, 114; l. 4 § 22 D. 41. 3; Savigny, Besitz 344, 4; Windscheid § 160, 10; Randa, Besitz § 22, 32; Bayr. L.R. II. 5. 9 Nr. 3. Auch das Oesterreichische Recht stimmt damit überein Randa, Besitz § 22, 9 und 32a. Nach Sächsischem Recht wird dieß nicht angenommen werden können, weil nach B.G.B.

Digitized by Google

sächsischem Recht, wenn ein Dritter in Abwesenheit des Besitzers das Grundstück occupirt und der Besitzer, nachdem er Kenntniß davon erhalten hat, bei der Invasion sich beruhigt [19], während nach Oesterreichischem und Französischem Recht in diesem Falle Besitzverlust sofort eintritt [20], und nach Preußischem Recht Besitzverlust gar nicht statt hat [21]. Bei Mobilien erfolgt Besitzverlust mit ihrem Untergang [22], also auch durch Specifikation [23], dadurch daß die Sache an einen unzugänglichen Ort geräth [24], durch Verlieren, nämlich Unkenntniß des Ortes, an dem die Sache sich befindet [25], bei wilden Thieren dadurch, daß sie die Freiheit wieder

---

§ 206 die Spolienklage gegen den Dejicienten angestellt werden kann, wenn er im Besitz ist, eine Dejektion also nur mit gleichzeitiger Occupation von Seite des Dejicienten anzunehmen ist Schmidt, Vorlesungen I. 171; ebenso ist es nach Preußischem Recht, da der Verlust der Gewahrsam voraussetzt, daß ein anderer sie an sich reißt Pr. L.R. I. 7. 146. Das gleiche muß nach französischem Recht angenommen werden, da die reintegrande gegen einen Dritten nur gegeben ist, wenn er in bösem Glauben Nachfolger des Dejicienten im Besitz ist Aubry § 189, 16. Setzt sich der Dejicirte sofort wieder in Besitz, so tritt Besitzverlust nicht ein l. 17 D. 43. 16; Savigny, Besitz 349, 4; Windscheid § 156, 6; Sachsen B.G.B. § 181 und 212. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Unger, Ö. P.R. § 111, 20a; Randa, Besitz § 22, 33. Nach Pr. L.R. I. 7. 111—113 geht durch gewaltsame Entsetzung nicht der Besitz, sondern nur die Gewahrsam verloren vgl. oben § 228, 101 f.

[19] Solange der Besitzer von der Occupation nicht Kenntniß erhalten hat, gilt der Besitz als nicht verloren l. 3 § 8 l. 46 D. 41. 2; Savigny, Besitz 348; Randa, Besitz § 22, 34; Meischeider, Besitz 323; Windscheid § 156, 8; Erk. Berlin 23/11 1876 Sf. XXXIII. 196 (Nassau); Kreittmayr, Anm. 4a zu Bayr. L.R. II. 5. 9; Sachsen B.G.B. § 214. Es erscheint in diesem Fall als zureichend, wenn der Besitzer, nachdem er von der Invasion Kenntniß erhalten sofort wieder Besitz ergreift Bruns, Besitzklagen 149 f; Erk. 23/11 1878 Sf. XXX. 272 (Hessen); Sachsen B.G.B. § 214.

[20] Oesterreich A.B.G.B. § 349; Randa, Besitz § 13, 6 und § 22, 34. Das gleiche nimmt Aubry § 179, 20 auf Grund der Bestimmung C. c. Art. 2243 an. Vgl. auch Randa, Besitz § 22, 35.

[21] Nach Preußischem Recht ist der Besitzverlust in diesem Fall durch die oben § 227, 101 aufgeführte Bestimmung ausgeschlossen Förster Eccius § 161, 6.

[22] Sachsen B.G.B. § 211; Dernburg, P. P.R. I. § 155, 10.

[23] l. 30 § 4 D. 41. 2; Brinz, Pandekten (2) § 140, 31a; Randa, Besitz § 22, 22; Förster Eccius § 161, 51.

[24] l. 13 pr. D. 41. 2; Windscheid § 156, 5; Randa, Besitz § 22, 22a; Sachsen B.G.B. § 213.

[25] Es wird dabei dauernde Unmöglichkeit der Einwirkung auf die Sache

Digitized by Google

erlangen [26], bei gezähmten dadurch, daß sie die Gewohnheit der Rückkehr verlieren [27], endlich dadurch, daß die Sache in fremden Besitz gelangt [28]. Der Rechtsbesitz geht verloren, wenn die Ausübung überhaupt unmöglich wird [29], und wenn derjenige, dem gegenüber das Recht ausgeübt werden soll sich der Ausübung des Rechts mit Erfolg widersetzt, namentlich durch Beseitigung der Anlagen, welche als Voraussetzung der Ausübung erscheinen [30], bei negativen Servituten durch Vornahme der Handlung auf deren Unterlassung die Servitut gerichtet ist [31], bei Rechten, die in unterbrochenen Besitzhandlungen bestehen durch dauernde und erfolgreiche Verhinderung der Handlung [32], bei Rechten auf eine Leistung

---

vorausgesetzt l. 25 D. 41. 2; Windscheid § 156, 5; Brinz, Pandekten (2) § 141, 29; Randa, Besitz § 22, 23; Förster Eccius § 161, 38; Sachsen B.G.B. § 213; Oesterreich A.B.G.B. § 349. Dieß gilt namentlich von verirrten Hausthieren l. 3 § 13 D. 41. 2; Sintenis C.R. § 45, 16; Randa, Besitz § 22, 26. Durch vorübergehendes Nichterinnern wird der Besitz nicht verloren, insoferne die Sache an einem Ort sich befindet, der dem Besitzer allein zugänglich ist l. 3 § 13 l. 44 D. 41. 2; Savigny, Besitz 340, 5; Pr. L.R. I. 7. 119. Sachen zu deren Sicherung der Besitzer eine besondere Veranstaltung getroffen hat, bleiben in seinem Besitz, solange die Wiedererlangung nicht unmöglich ist l. 44 pr. D. 41. 2; Windscheid § 156, 3; Sintenis, C.R. § 45, 14; Randa, Besitz § 22, 25.

[26] l. 3 § 2 l. 5 pr. D. 41. 2; Savigny, Besitz 342; Randa, Besitz § 22, 27.

[27] l. 3 § 15. 16 D. 41. 2; Randa, Besitz § 22, 27a.

[28] l. 15 D. 41. 2; Randa, Besitz § 22, 28; Sachsen B.G.B. § 213; Oesterreich A.B.G.B. § 349. Nach Preußischem Landrecht dagegen geht durch fehlerhafte Besitzergreifung der Besitz nur dann verloren, wenn die Gewahrsam des Besitzers nicht wieder hergestellt werden kann oben § 227, 102.

[29] Dieß tritt ein bei Untergang der Sache mit der das Recht aktiv oder passiv verbunden ist Randa, Besitz § 35, 5, oder durch Veränderungen, welche die Ausübung dauernd unmöglich machen Randa, Besitz § 35, 6. Der Besitz von Servituten, die mit Detention einer Sache verbunden sind, geht mit dieser verloren Randa, Besitz § 35, 10; der von Grunddienstbarkeiten mit dem Besitz der herrschenden Sache Randa, Besitz § 35, 11; Windscheid § 163, 12.

[30] l. 8 § 3 l. 9 pr. D. 8. 5; Randa, Besitz § 35, 19; Sachsen B.G.B. § 562; Erk. Jena 22/12 1855 Sf. XXII. 21 (Oeffentliches Verbot der Herstellung einer verschütteten Wasserleitung).

[31] l. 6 D. 8. 2; Randa, Besitz § 35, 28; Oesterreich A.B.G.B. § 351; Sachsen B.G.B. § 562.

[32] Randa, Besitz § 35, 20. Erk. Kiel 8/2 1865 Anz. 65. 84 spricht aus, daß der Besitz einer Wegeservitut durch Verhinderung der Benützung verloren gehe, wenn der Besitzer sich dabei beruhigt.

Digitized by Google

durch Verweigerung der Leistung [33]. Nach Preußischem Landrecht geht der Besitz eines affirmativen Rechts verloren, wenn der Verpflichtete die Erfüllung verweigert und der andere sich dabei beruhigt [34]; der Besitz eines negativen Rechts, wenn der zum Dulden Verpflichtete die Vornahme der Handlung dem Besitzer mit Erfolg untersagt [35]; der Besitz eines Untersagungsrechts, wenn der Verpflichtete die Handlung, die er unterlassen sollte, wirklich vorgenommen hat [36].

Der durch Repräsentanten geübte Besitz wird verloren:

1. wenn der Vertretene den Besitzwillen aufgibt [37];

2. gemeinrechtlich und nach Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht, wenn der Stellvertreter die thatsächliche Ge-

---

[33] Es ist bestritten, wann hier Besitzverlust eintrete vgl. Duncker, Z. f. d. R. II. 78. Völlig unzuläßig ist die Annahme, daß durch bloßes Unterbleiben der Leistung Besitzverlust eintrete vgl. Duncker, Z. f. d. R. II. 79; Randa, Besitz § 35, 38. Die oben gegebene Entscheidung, für welche überwiegende Gründe sprechen, wird vertreten von Duncker, Z. f. d. R. II. 79 und Reallasten 101; Friedlieb, Reallasten 321; Bruns, Besitz 210 und Besitzklagen 252; Randa, Besitz § 35, 40; Windscheid § 464, 7; Erk. Wiesbaden 26/3 1852 Sf. VII. 42; Kiel 21/5 1862 Sf. XVI. 115; Jena 26/2 1848 Sf. XVIII. 250; 4/7 1849 Sf. XIX. 151; Darmstadt 20/11 1855 Sf. XII. 340; 20/9 1862 Sf. XVII. 46. Dieß gilt auch nach Oesterreich A.B.G.B. § 351; Randa, Besitz § 7b, 8, § 35, 39. Nach einer davon abweichenden Meinung soll außerdem noch erforderlich sein, daß sich der Berechtigte dabei beruhigt habe Roßhirt, A. f. C.Pr. VIII. 72; Puchta, Vorlesungen I. 300; Beseler, P.R. § 80, 11; Erk. Stuttgart 7/9 1853 Sf. VII. 43; Jena 13/5 1841 Sf. XIV. 117, was in dem Pr. L.R. I. 7. 126 gesetzlich anerkannt ist unten Note 34; s. gegen diese Auffassung Duncker, Z. f. D. R. II. 79. 84; Friedlieb, R.L. 321. Eine andere Meinung fordert eine mit Behauptung der Freiheit verbundene Weigerung Renaud, R.L. 74; Mittermair, P.R. § 174, 23. Eigenthümlich ist die Auffassung der Bayrischen Praxis, welche zwar auch annimmt, daß bloße Weigerung der Entrichtung nicht Besitzverlust zur Folge habe Erk. München 10/1 1846 Bl. XI. 330; 11/12 1848 Bl. XVII. 240; 9/8 1853 Bl. XX. 192; 10/11 1873 Sf. XXIX. 7; allein andererseits zur Besitzentsetzung wie bei Servitutes discontinuae den Ablauf eines neuen Leistungstermins voraussetzt s. den Aufsatz: Zur Lehre von den possessorischen Rechtsmitteln Bl. VI. 37. 152; Erk. München 9/8 1853 Bl. XX. 192; 10/5 1853 Bl. XX. 295; 7/3 1862 Bl. XXVII. 377.

[34] Pr. L.R. I. 7. 126; Korte in Gruchot V. 126; Förster Eccius § 161, 61.

[35] Pr. L.R. I. 7. 127; Förster Eccius § 161, 62.

[36] Pr. L.R. I. 7. 128; Förster Eccius § 161, 63. 64.

[37] Förster Eccius § 161, 67; Koch, Besitz 213, 2.

Digitized by Google

walt ohne seinen Willen verliert [38], während nach Preußischem Recht Besitzverlust nur eintritt, wenn der Besitzer oder sein Stellvertreter die Gewahrsam nicht mehr erhalten kann oder wenn der Besitz von einem Dritten fehlerfrei erworben wird [39];

3. wenn der Stellvertreter die Sache derelinquirt und ein Dritter Besitz ergreift. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob zum Besitzerwerb des Dritten Kenntniß des Besitzers erforderlich sei [40]; dagegen ist nach Preußischem [41], Oesterreichischem [42] und Französischem Recht [43] der Besitzverlust gleich mit Occupation des Dritten gegeben;

4. wenn der Stellvertreter den Besitz an einen Dritten tradirt. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob hier zum Besitzverlust Kenntniß des Besitzers erforderlich sei [44]. Nach Preußischem, Oesterreichischem und Französischem Recht tritt hier Besitzverlust mit der Apprehension des Dritten von selbst ein [45];

5. wenn der Stellvertreter seinen Willen bethätigt, die Sache für sich oder einen Dritten zu besitzen. Gemeinrechtlich ist bei

---

[38] l. 1 § 22 D. 43. 16; Savigny, Besitz 368; Windscheid § 157, 1; Arndts § 143e; Randa, Besitz § 23, 4; Sachsen B.G.B. § 215. Ueber das Oesterreichische und Französische Recht vgl. Randa, Besitz § 22, 35 und § 23, 4. Kenntniß des Vertretenen von der Dejektion ist dabei auch gemeinrechtlich nicht erforderlich Windscheid § 157, 1; Randa, Besitz § 23, 4. Besitzentsetzung des Vertretenen bewirkt Besitzverlust nicht, solange der Vertreter im Besitz bleibt l. 1 § 45 D. 43. 16; Randa, Besitz § 23, 1.

[39] Förster Eccius § 161, 79.

[40] Die Bestimmung l. 12 Cod. 7. 32 wird verschieden ausgelegt. Nach der einen Ansicht ist Kenntniß des Besitzers in allen Fällen erforderlich also auch bei Mobilien Savigny, Besitz 370; Randa, Besitz § 23, 7. Nach der anderen Ansicht ist diese Kenntniß nur bei Immobilien erforderlich Windscheid § 157, 4; Meischeider, Besitz 352; Sintenis, C.R. § 45, 25; Arndts § 143, 1; dem schließt sich Sachsen B.G.B. § 216 an. Nach der dritten Meinung tritt mit der Occupation sofort Besitzverlust ein Witte, Z. f. C.R. XVIII. 269; Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. 265; Vangerow § 209 Anm.; Bruns, Besitzklagen 114 f.

[41] Vorausgesetzt wird dabei fehlerfreie Erwerbung von Seite des Dritten Förster Eccius § 161, 76.

[42] Randa, Besitz § 23, 7.

[43] C. c. Art. 2239.

[44] Es tritt hier die gleiche Meinungsverschiedenheit hervor wie bei der ungetreuen Dereliktion des Vertreters oben Note 40.

[45] Vgl. oben Note 41—43.

Digitized by Google

Mobilien jede Bethätigung genügend, und ein besonderer Akt der Zueignung nicht erforderlich [46]; dagegen ist bei Immobilien zum Besitzverlust Kenntniß des Besitzers erforderlich [47]. Nach Sächsischem Recht ist erforderlich, daß der Vertreter die Sache durch eine körperlich vorgenommene Handlung sich zueignet und bei Immobilien überdieß, daß der Besitzer Kenntniß davon hat und den Besitz nicht sofort sich wieder verschafft [48]. Nach Oesterreichischem Recht ist zum Besitzverlust jede Bethätigung des Willens des Repräsentanten, die Sache für sich oder einen Dritten zu besitzen, genügend [49]. Nach französischem Recht tritt Besitzverlust an den Repräsentanten nur ein mit Kenntniß des Besitzers von der Untreue desselben [50]. Nach Preußischem Landrecht ist der Besitzverlust an den Repräsentanten nicht denkbar, da die bloße Willensänderung den Repräsentanten nicht zum Besitzer macht und fehlerfreier Besitzerwerb dabei ausgeschlossen ist [51]. Ohne Einfluß auf den Bestand des von Stellvertretern geübten Besitzes ist der Tod und die Willensunfähigkeit des Vertreters [52], das Aufhören des Vertretungsverhältnisses [53] und Dereliktion von Seite des Stellvertreters [54].

---

[46] Auf Grund der Bestimmung l. 3 § 18 D. 41. 2 wird von manchen angenommen, daß zum Besitzverlust contrectatio erforderlich sei. Savigny, Besitz 364; Seuffert, Pandekten § 112, 1; Sintenis, C.R. § 45, 28; Erk. Berlin 29/5 1872 Sf. XXVII. 207; s. dagegen Schirmer, Z. f. C.R. XI. 464; Randa, Besitz § 23, 10, die jede Bethätigung des Willens für genügend halten. Eine solche ist jedoch in einem bloßen Ableugnen nicht zu sehen Randa, Besitz § 23, 9; Meischeider, Besitz 353.

[47] Vgl. oben Note 19; Windscheid § 157, 6; Randa, Besitz § 23, 10.

[48] Sachsen B.G.B. § 216.

[49] Randa, Besitz § 23, 10.

[50] Dieß folgert Randa, Besitz § 23, 12 aus C. c. Art. 2238.

[51] Pr. L.R. I. 7. 69. 125; Förster Eccius § 161, 69; Randa, Besitz § 23, 12.

[52] l. 3 § 8; l. 25 § 1; l. 40 § 1 D. 41. 2; Windscheid § 157, 3; Meischeider, Besitz 344; Förster Eccius § 161, 67; Sachsen B.G.B. § 216; Randa, Besitz § 23, 3.

[53] l. 60 § 1 D. 19. 2; l. 20 D. 41. 2; Randa, Besitz § 23, 3; Förster Eccius § 161, 67.

[54] l. 3 § 8 D. 41. 2; l. 12 Cod. 7. 32; Bangerow § 209, Anm. Nr. 1; Savigny, Besitz 369; Windscheid § 157, 4; Sachsen B.G.B. § 216; Randa, Besitz § 23, 2. Besitzverlust tritt hier ein, wenn ein Dritter Besitz ergreift. Vgl. oben Note 40—43.

Digitized by Google

§ 229.

VI. Schutz des Besitzes.

Als die wesentlichste Wirkung des Besitzes ist der demselben gegen Störung oder Entziehung gewährte Schutz zu bezeichnen. Nach römischem Recht waren als Schutzmittel die Interdicta retinendae und recuperandae possessionis gegeben [1]. Die ersteren waren ursprünglich verschieden, jenachdem sie sich auf Immobilien (Interdictum uti possidetis) [2] oder Mobilien (Interdictum utrubi) [3] bezogen; im justinianischen Recht sind beide gleichgestellt [4]. Neben diesen beiden Interdikten, die unter der Bezeichnung des possessorium ordinarium [5] zusammengefaßt die Entscheidung über den Besitzstand während des Petitoriums zu bringen den Zweck hatten, war durch die Praxis das s. g. possessorium sumariissimum ausgebildet, durch welches der Streit über den provisorischen Besitzstand während der Dauer des possessorium ordinarium entschieden

---

[1] Ueber die geschichtliche Entwicklung des Besitzschutzes im römischen Recht. Vgl. Meischeider, Besitz § 12—14 und S. 430 f.

[2] Savigny, Besitz 406; Brinz, Pandekten (2) § 181. 182; Meischeider, Besitz 430; Bangerow § 336, Anm. 1; Hötzel, über das Interdictum uti possidetis Bl. f. Thür. IX. 332.

[3] Savigny, Besitz 411; Bruns, Besitzklagen § 13. 14; Meischeider, Besitz 446.

[4] Windscheid § 159, 2; Bruns, Besitzklagen § 7; Randa, Besitz § 7a, 2.

[5] Dieses Possessorium ordinarium ist das in einigen Punkten modificirte Interdictum uti possidetis Bruns der ältere Besitz und das ordinarium in Becker, Jahrb. IV. 86; Heimbach, R.L. VIII. 224; Windscheid § 162a, 2. In Bayern namentlich ist die Identität des possessorium ordinarium und des Interdictum uti possidetis anerkannt Erk. 23/5 1845 und 3/10 1848 Bl. XX. 43; Seuffert, Commentar zur G.O. II. 78, 1a. Die Bezeichnung possessorium ordinarium findet sich auch in einem anderen Sinn nämlich für die petitorische Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes Bruns in Becker, Jahrb. IV. 33 f.; Meischeider, Besitz 172; Randa, Besitz § 7a, 11, wobei dann das possessorium summariissimum zum Schutzmittel gegen Besitzstörung geworden ist. Dieß ist die Stellung des Preußischen und Oesterreichischen Rechts Dernburg, P. P.R. I. § 157, 11. 12; Meischeider, Besitz 186; Randa, Besitz § 7a, 12. Auch in Schleswigholstein V. 13/1 1797 § 1 und 19 ist die Bezeichnung in diesem Sinne gebraucht; die dort näher bestimmte Spolienklage ist das possessorium des gemeinen Rechts.

Digitized by Google

werden sollte [6]. Als Interdicta recuperandae possessionis finden sich im römischen Recht das Interdictum unde vi [7], das Interdictum de precario [8], und das Interdictum de clandestina possessione [9], welche das canonische Recht zur Spolienklage erweiterte [10]. In der Hauptsache sind diese Schutzmittel in der Gestaltung, die sie in der mittelalterlichen Entwicklung angenommen haben in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts erhalten [11], und sie bilden die Grundlage des Besitzschutzes in den neueren Landesrechten [12]. Für das deutsche Recht ist der Bestand in der neueren

---

[6] Bruns, Besitz 266. 398; Heimbach, R.L. VIII. 226; Meischeider, Besitz 142. 155. 161. Vgl. unten Note 44 f.

[7] Savigny, Besitz 421; Bruns, Besitzklagen § 11. 12; Meischeider, Besitz 451; Randa, Besitz § 7a, 14 f.; Brinz, Pandekten (2) § 183.

[8] Savigny, Besitz 458; Brinz, Pandekten (2) § 184; Randa, Besitz § 70, 23. Dem Interdictum de precario wird von Ihering, Grund des Besitzschutzes 97, Bruns, Besitzklagen § 14 und Meischeider, Besitz 468 die Eigenschaft eines interdictum recuperandae possessionis abgesprochen vgl. darüber Windscheid § 160, 17.

[9] Savigny, Besitz 452. Vgl. über dieses Rechtsmittel Windscheid § 160, 2.

[10] Savigny, Besitz 509; Bruns, Besitzklagen § 20—25; Meischeider, Besitz § 26, 31; Maaßen in Becker, Jahrb. III. 227; Randa, Besitz § 7a, 43; Stobbe, P.R. § 77, 18; Windscheid § 162a, 1.

[11] Ueber die Entwicklung des Besitzschutzes in Deutschland vgl. Bruns, Besitz § 44—46; Meischeider, Besitz § 28—31. Die Schleswigholsteinische V. 13/1 1797 hat die Klage wegen Störung und Entsetzung des Besitzes zur Spolienklage vereinigt.

[12] Die Entwicklung in Oesterreich ist mit der gemeinrechtlichen völlig übereinstimmend Randa, Besitz § 7a, 45a f.; ebenso sind die Bestimmungen des Sächsischen B.G.B. in der Hauptsache dem gemeinen Recht entnommen Meischeider, Besitz 188. Das Preußische Recht hat die Schutzmittel gegen Störung und Entziehung des Besitzes zu einem einzigen Rechtsmittel vereinigt Dernburg, Pr. P.R. I. § 157, 12. In der gegenwärtigen Darstellung werden zur Erleichterung der Uebersicht die Schutzmittel gegen Störung und Entziehung des Besitzes auch für das Preußische Recht getrennt behandelt, wie dieß auch von Koch, Besitz § 27. 28 und P.R. § 184. 185 geschieht. In Frankreich waren ursprünglich die römischrechtlichen Schutzmittel in ihrer mittelalterlichen Gestaltung in Geltung Meischeider, Besitz § 27; Zachariä § 187a, 1. Im C. civ. ist nur die Besitzstörungsklage »complainte« geregelt, da er indessen Art. 2060 Nr. 2 auch die Besitzentsetzungsklage »reintegrande«, erwähnt, so werden für diese die Grundsätze des älteren französischen Rechts in Anwendung gebracht Aubry § 189, 1. Ueber die Entwicklung der Besitzklagen im älteren französischen Recht vgl. Bruns, Besitz § 42.

Digitized by Google

Proceßgesetzgebung anerkannt [13]. Der Schutz des Besitzes gestaltet sich demnach folgendermaßen:

A. Die Besitzstörungsklage.

Für die Besitzstörungsklage gelten folgende Grundsätze:

I. Nach römischem Recht war das Rechtsmittel nur zum Schutz des Sachbesitzes und der persönlichen Servituten gegeben [14], da Prädialservituten nur soweit geschützt wurden, als besondere Rechtsmittel für sie bestimmt waren [15], und die übrigen, bei denen dieß nicht der Fall war keinen Schutz genossen [16]. Durch die Praxis ist indeß das Rechtsmittel auf alle Arten des Rechtsbesitzes ausgedehnt [17], jedoch in der Art, daß es nur Anwendung findet so-

[13] Nach D. C.Pr.O. § 232 dürfen die Besitzklage und die Klage, mit welcher das Recht geltend gemacht wird, nicht in einer Klagschrift verbunden werden. Die D. C.Pr.O. hat zwar keinen eigenen Besitzprozeß ausgebildet, aber für die Besitzklage die Geltung der bestehenden Landesrechte aufrecht erhalten. Dieß ist von Einfluß auf die Gestaltung des Preußischen Rechts, da das durch die A.G.O. eingeführte possessorium summariissimum als beseitigt erscheint und damit auch die darauf beruhenden Beschränkungen des Besitzschutzes beseitigt sind Förster Eccius § 162, 27. Ausgeschlossen von der folgenden Darstellung bleiben die Besitzcondiktionen, denen die Eigenschaft von Besitzklagen nicht zukommt s. Randa, Besitz § 1, 10b, und die daher im Obligationenrecht zu behandeln sind. Besonders geregelt ist der Besitzschutz durch Schleswigholstein V. 13/1 1797 über Spolienſachen. Es ist hier für Störung und Entsetzung die Spolienklage als einheitliches Rechtsmittel gegeben und das Verfahren besonders geregelt vgl. Ipsen das possessorium und die Spolienklage S.H. Anzeigen 1858, 93; Falck, S.H. Privatrecht IV. § 11.

[14] Savigny, Besitz 396. 477.

[15] Savigny, Besitz 481; Windscheid § 164, 3; Seuffert, Pandekten § 417. 418. Es sind dieß das Interdictum de cloacis Seuffert, Pandekten § 417, 5; Windscheid § 164, 14; das Interdictum de itinere actuque privato Seuffert § 418, 1a; Windscheid § 164, 3; das Interdictum de aqua ducenda Windscheid § 164, 8; Seuffert § 418, 12a, und de fonte Seuffert § 418, 21; Windscheid § 164, 13.

[16] Savigny, Besitz 497; Windscheid § 164, 15.

[17] Bruns, Besitz 383. 384; Windscheid § 164, 16; Schleswigholstein V. 13/1 1797 § 1; Erk. Wiesbaden 17/7 1850 Sf. V. 171; Celle 7/12 1857 T.E. IV. 11 und 21/10 1869 Sf. XXVII. 92 (Weiderecht); Wolfenbüttel 22/8 1847 Sf. XVI. 174 (Holzgerechtsame); München 19/1 1874 Sf. XXXI. 314 (Gebäudedienstbarkeiten); Darmstadt 12/5 1847 Archiv f. Pr. R.W. VI. 301 (servitus ne luminibus officiatur); 1866 A. f. Pr. R.W. III. 1879 (Patronat). Dieß galt nicht nach früherem Bayrischen Recht, nach welchem die

Digitized by Google

weit nicht das römische Recht für einzelne Rechte besondere Schutzmittel gewährt [18]. Nach Oesterreichischem Recht ist das Rechtsmittel für den Sachbesitz und alle Arten des Rechtsbesitzes gegeben [19]. Nach Preußischem Recht steht es bei allen Arten des Besitzes [20] also auch beim Rechtsbesitz zu [21]; außerdem ist es aber auch demjenigen gegebeu, der nur Gewahrsam hat [22]. Nach Sächsischem Recht ist das Rechtsmittel nur gegen Störung im Besitz von Sachen und Servituten gegeben [23], jedoch auf diejenigen ausgedehnt, welche eine Sache zur Benutzung oder zum Zweck der

---

Anwendung der Besitzklage auf Prädialservituten ausgeschlossen war Bayr. G.O. 1753 III. 4 Nr. 2, Bayr. L.R. II. 7. 9 Nr. 5, was durch Pr. O. 1869 Art. 584 und E.G. Art. 26 beseitigt ist Roth, Bayr. C.R. (1) § 134, 21—23. Die Einführung der D. C.Pr.O. hat daran nichts geändert.

[18] Wo diese vorhanden sind, ist die analoge Anwendung des Interdictum uti possidetis ausgeschlossen Glück, Commentar X. 209; Pfeiffer, Praktische Ausf. VII. 441; Platner, Sachenrecht § 51, 2; Erk. Wiesbaden 17/7 1850 Sf. V. 171; Berlin 2/11 1872 Sf. XXVII. 211 (Nassau); Cassel 1860 Sf. XVI. 221; Darmstadt 21/10 1856 A. f. Pr. R.W. VII. 134; 24/4 1866 Sf. XIX. 233; Lübeck 20/3 1853 Sf. XXII. 1846; Celle 21/10 1869 Sf. XXVII. 92; 14/11 1879 Sf. XXXV. 98; Rostock 15/3 1845 Budde III. 84. Für das Bayrische Recht verwirft Kreittmayr, Anm. 2d zu L.R. II. 5. 10 und Anm. 1 f. zu L.R. II. 8. 12 die Anwendung der gemeinrechtlichen Servituteninterdikte und gibt zu ihrem Schutz nur die allgemeinen Rechtsmittel.

[19] Randa, Besitz § 7b, 3; es ist dieß in der Oesterreichischen Praxis namentlich auch hinsichtlich der affirmativen Rechte anerkannt. Nach A.B.G.B. § 351 wird die Weigerung bei rechtzeitig angebrachter Klage als Störung außerdem als Entsetzung angesehen Randa, Besitz § 7b, 8.

[20] Pr. L.R. I. 7. 154. Es steht namentlich auch dem unvollständigen Besitzer zu Pr. L.R. I. 7. 169. 170; Förster Eccius § 162, 50.

[21] Erk. O.Tr. 26/3 1852 Zusammenstellung I. 1. Bestritten ist dieß nur bezüglich der affirmativen Rechte, denen ein Pl.B.O.Tr. 22/3 1844 Entsch. X. 97 die possessorischen Rechtsmittel allgemein abspricht. Mit Recht erklären sich Korte bei Gruchot V. 14, Förster, P. P.R. § 162, 69 und Förster Eccius § 162, 72—75 gegen diese Auffassung wenigstens soweit es sich um Leistungen handelt die mit Grund und Boden verbunden sind und dadurch einen dinglichen Charakter erhalten. Vgl. über diese Frage Heydemann, Einleitung I. 334, 620; Dernburg, P. P.R. I. § 160, 9; Meischeider, Besitz 404; Randa, Besitz § 7b, 7.

[22] Pr. L.R. I. 7. 141. 150; Heydemann, Einleitung I. 374, 754; Dernburg P. P.R. I. §. 158. 8. Nur gegenüber demjenigen, in dessen Namen er innehat, ist dem Inhaber der Besitzschutz versagt Pr. L.R. I. 7. 144; Koch, Besitz 60; Förster Eccius § 162, 48.

[23] Sachsen B.G.B. § 205. 530 vgl. oben § 227, 48.

Digitized by Google

Sicherung innehaben[24]. Nach französischem Recht ist die Besitzstörungsklage nur für Immobilien, nicht aber für Mobilien[25], dann für Servituten, nicht aber für andere Rechte gegeben[26].

II. Voraussetzung der Anwendung des Rechtsmittels ist:

1. Zur Zeit der Klagstellung muß der Kläger gemeinrechtlich[27] und nach Oesterreichischem[28] und Französischem Recht[29] im Besitz der Sache oder des Rechts sein, während nach Preußischem[30] und

---

[24] Sachsen B.G.B. § 208. Es sind dieß: Pächter, Miether, Commodatar, Faustpfandgläubiger und Retentionsberechtigte. Schmid, Vorlesungen § 49 II. a.

[25] Zachariä § 187 b, 15; Randa, Besitz § 7, 12. Eine Ausnahme wird von manchen auf Grund von C. c. Art. 734 für eine Mobiliarerbschaft gemacht Zachariä § 187 b, 16.

[26] Zachariä § 187 b, 4; Bruns, Besitzklagen 227, 9; Erk. Glückstadt 8/10 1860 Anz. 61. 170; Celle 7/6 1857 Sf. XII. 33; München 9/6 1880 Sammlung VIII. 164.

[27] l. 1 § 4 l. 3 § 8 D. 43. 17; Savigny, Besitz 407; Erk. Celle 7/6 1857 Sf. XII. 33; München 9/6 1880 Sammlg. VIII. 164; Erk. Glückstadt 8/10 1860 Anz. 61. 170. Gemeinrechtlich gilt dieß für den abgeleiteten wie für den ursprünglichen Besitz, weßhalb der Usufruktuar die Besitzstörungsklage hat Meischeider, Besitz 371. Dem bloßen Detentor steht gemeinrechtlich das Rechtsmittel nicht zu l. 9 D. 6. 1; daher versagt Erk. Darmstadt 2/11 1849 Sf. XXVI. 11 und Darmstadt Präjudiz Nr. 157 dem Pächter das Schutzmittel und Erk. München 20/12 1879 Sammlg. VIII. 58 stimmt dem für das gemeine Recht bei. Bayr. L.R. II. 5. 12 Nr. 4 spricht zwar auch dem Detentor das Schutzmittel ab, allein nach Bayrischem Landrecht wird unter Detention nur die Innehabung ohne eigenes rechtliches Interesse verstanden oben § 224, 5, so daß nach Bayrischem Landrecht der Pächter auf Grund seines Rechtsbesitzes Besitzesschutz anzusprechen hat. Kreittmayr, Anm. 3 b zu L.R. IV. 6. 21; Erk. München 31/5 1873 Sammlg. III. 127; 12/8 1881 Sammlg. IX. 82. Die in Erk. München 20/12 1879 Sammlg. VIII. 58 aufgestellte Ansicht, daß das Bayrische Landrecht den Pächter als wahren Besitzer, also als Sachbesitzer ansehe und ihm deßwegen den Interdiktenschutz verleihe, kann ich nicht theilen.

[28] Daß nach Oesterreichischem Recht die Besitzstörungsklage dem Detentor nicht zustehe, hat gegen die abweichende Meinung Oesterreichischer Schriftsteller Randa, Besitz § 7, 2 überzeugend dargethan. Das Oesterreichische Recht nimmt aber dieselbe Stellung ein wie das Bayrische Recht, indem es demjenigen, der eine Sache im eigenen Interesse detinirt, wie dem Pächter, Schutz im Rechtsbesitz gewährt Randa, Besitz § 7 b, 14.

[29] Nach C. de pr. Art. 23 und C. c. Art. 2229 wird bei der complainte einjähriger ruhiger Besitz der Sache oder des Rechts vorausgesetzt Aubry § 187, 5. 6; Zachariä § 190 a; Randa, Besitz § 7, 12.

[30] Vgl. oben Note 22.

Digitized by Google

Sächsischem Recht[31] auch der Detentor das Rechtsmittel hat. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

a. Die Besitzstörungsklage steht gemeinrechtlich und nach Oesterreichischem und Französischem Recht den Mitbesitzern gegen einander allgemein, nach Preußischem Recht jedoch nur insoferne zu, als es sich nicht um den Umfang der Antheile handelt[32]. Gemeinrechtlich kann gegen Dritte jeder Mitbesitzer die Besitzstörungsklage für sich allein stellen[33].

b. Gemeinrechtlich[34] und nach Preußischem[35], Sächsischem[36] und Oesterreichischem Recht[37] steht den Erben das Rechtsmittel nur zu, wenn die Störung zu Lebzeiten des Erblassers eingetreten ist, nicht aber wegen Besitzstörungen, die in der Zeit vom Tod des Erblassers bis zum Erwerb der Erbschaft fallen. Nach Französischem Recht ist das Rechtsverhältniß bestritten[38]. Dem Singularsuccessor steht das Rechtsmittel wegen der seinem Vorfahr widerfahrenen Besitzstörungen nicht zu[39].

c. Den gegenwärtigen Besitzstand hat der Kläger zu beweisen[40], wobei es nicht genügt auf eine frühere Erwerbshandlung sich zu

---

[31] Vgl. oben Note 24.

[32] Vgl. oben § 226, 13. 18.

[33] Erk. Glückstadt 20/2 1864 Anz. 65. 148.

[34] Heerwart, Z. f. C.R. XII. 210; Witte, Interdictum 84; Randa, Besitz § 7d, 1. 2. A. M. Albert, Interdictum § 158, der dem Erben nur Fortführung der bereits angestellten Klage gestatten will.

[35] Pr. L.R. I. 7. 149; Förster Eccius § 162, 52—54. Früher wurde angenommen, daß nach Preußischem Recht der Besitz auf die Erben übergehe, der Erbe daher das Rechtsmittel wegen aller zu Lebzeiten des Erblassers und nach seinem Tod vorgekommenen Besitzstörungen habe. Durch Pl.B.O.Tr. Berlin 7/11 1849 ist der oben aufgeführte Grundsatz anerkannt Gruchot V. 480. 481; Förster Eccius § 162, 55; Randa, Besitz § 15, 9a.

[36] Sachsen B.G.B. § 2289.

[37] Randa, Besitz § 7d, 2.

[38] Nach französischem Recht wird von Manchen Uebergang des Besitzes auf den Erben angenommen Zachariä § 185b, 3; Cosak, Besitz des Erben 107; a. M. Randa, Besitz § 15, 13.

[39] Randa, Besitz § 7d, 3; Förster Eccius § 162, 59.

[40] Savigny, Besitz 338; Pr. L.R. I. 7. 154; C. de pr. Art. 23. Nach Erk. München 7/12 1841 Bl. VII. 107 und 15/11 1844 Bl. XIII. 56 genügt zur Klagebegründung die allgemeine Angabe des Besitzstandes; nach Erk. Lübeck 11/12 1875 Sf. XXXII. 302 genügt der Nachweis, daß Kläger zur Zeit des Proceßanfangs Besitzer gewesen sei.

Digitized by Google

berufen [41]. Doch begründet der Nachweis früheren Erwerbs eine Vermuthung der Fortdauer bis zur Störung, wenn nicht thatsächliche Momente dieser Annahme widersprechen [42]. Auf die Beschaffenheit des Besitzes kommt es nicht an, es ist gleichgiltig ob er redlich oder unredlich, rechtmäßig oder unrechtmäßig, echt oder unecht ist, soweit er nicht dem Beklagten gegenüber fehlerhaft erworben ist [43].

d. Kann nicht sofort constatirt werden, welcher der beiden Prätendenten der Besitzer sei, so wird gemeinrechtlich demjenigen provisorischer Besitzschutz gewährt, der die neueste zweifellose Besitzhandlung darthut. Für die Bethätigung dieses Schutzes war durch die Praxis ein besonderes Rechtsmittel, possessorium summariissimum, ausgebildet [44]. Durch die D. C.P.O. ist dieses be-

---

[41] Savigny, Besitz 389.

[42] Savigny, Besitz 390; Randa, Besitz § 7b, 17b; Seuffert, Pandekten § 412, 5; Erk. Jena 27/5 1834 Sf. XIV. 8; 16/2 1841 Sf. XV. 149; Dresden 21/8 1863 Sf. XVIII. 114. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Pl.B.O.Tr. 6/11 1848 Präj. 2063 Entsch. XVII. 3; Förster Eccius § 162, 28; Dernburg, P. P.R. I. § 158, 12. Das Gleiche wird nach Oesterreichischem Recht, das keine darauf bezügliche Bestimmung enthält, angenommen Randa, Besitz § 7b, 17b.

[43] l. 1 pr. § 5; l. 3 pr. § 10 D. 41. 2; Savigny, Besitz 410; Randa, Besitz § 7, 14; Erk. München 16/12 1879 Sf. XXXV. 184; Sachsen B.G.B. § 206. 207; Oesterreich A.B.G.B. § 339; Randa, Besitz § 7, 13. 23. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Koch, P. P.R. § 184, 6 und Besitz 341; Heydemann, Einleitung I. 376; Förster Eccius § 162, 48. A. M. Bornemann, System I. 267 der dem fehlerhaften Besitzerwerb jeden Besitzschutz versagt. Dagegen ist es nach französischem Recht bestritten, ob jeder Besitz oder nur der fehlerfreie geschützt werde; für die letztere Alternative entscheiden sich Zachariä § 188, 2; Aubry § 187, 14; für die erstere die bei Zachariä § 188, 3 Angeführten vgl. unten Note 86. Guter Glaube ist auch nach Französischem Recht nicht erforderlich Zachariä § 188, 10; Randa, Besitz § 7, 13.

[44] Savigny, Besitz 521; Bruns, Besitz 260. 420; Koch, Besitz 254 f.; Meischeider, Besitz § 25 und 30; Randa, Besitz § 7a, 11; Windscheid § 159, 12; Seuffert, Pandekten § 413; Stobbe, P.R. § 77, 11. Vgl. Heyßler, das possessorium summariissimum und ordinarium des Oesterreichischen Rechts in Grünhut Z. VII. 46; Sintenis, das Verfahren im Besitzprozeß, besonders im Summariissimum Bl. f. Thür. V. 177; Ipsen, das possessorium und die Spolienklage, Anzeigen 1858. 93 f. In Bayern wurde dieses Rechtsmittel, das durch G.O. 1753 III. 4. 5 anerkannt war, durch Pr.O. 1869 Art. 584 beseitigt Roth, Bayr. C.R. (1) § 134, 15 und 23, und es ist bei dieser Aufhebung geblieben; ebenso war es in Württemberg Lang, Sachen-

Digitized by Google

sondere Verfahren beseitigt [45], die provisorische Regulirung des Besitzstandes erfolgt vielmehr in der Form der einstweiligen Verfügung [46]. Dieß gilt auch nach Preußischem Landrecht [47]. Nach Oesterreichischem Recht kann, wenn der Besitzstand zweifelhaft ist, die Sache bis zur Entscheidung des Besitzstreits sequestrirt werden [48]. Nach Französischem Recht setzt die Klage den Nachweis des einjährigen Besitzstandes des Klägers voraus, so daß hiernach eine provisorische Regulirung des Besitzstandes gar nicht vorkommen kann [49].

2. Beklagter ist derjenige, welcher die Besitzstörung vorgenommen hat [50]. Ist die Besitzstörung in fremdem Auftrag vorgenommen, so kann die Besitzstörungsklage gemeinrechtlich und nach Oesterreichischem Recht sowohl gegen den Auftraggeber [51] als gegen den Beauftragten gerichtet werden [52]. Der gleiche Grundsatz gilt nach Französischem Recht [53]. Nach Preußischem Recht dagegen kann,

---

recht § 10, 25 und Sachsen Schmidt, Vorlesungen § 49 IV. schon länger beseitigt, und in Weimar durch Ges. 28/5 1857 § 2 aufgehoben Bl. f. Thür. V. 58. Es war hier schon vor der Einführung der D. C.Pr.O. die einstweilige gerichtliche Verfügung an seine Stelle getreten.

[45] S. Gaupp, Commentar zu C.Pr.O. II. 635. III. 501.

[46] D. C.Pr.O. § 819; Förster Eccius § 162, 109.

[47] Förster Eccius § 162, 109; Dernburg, P. P.R. I. § 158, 5. Nach Pr. L.R. I. 7. 155—160 kann außerdem eine interimistische Regelung des Besitzes verfügt werden, wenn der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft ist; diese Anordnung bleibt dann bei Bestand bis über das Recht zum Besitz also petitorisch entschieden ist Förster Eccius § 162, 107.

[48] Oesterreich A.B.G.B. § 347.

[49] Vgl. oben Note 29.

[50] Die Klage kann auch gegen eine Gemeinde gerichtet werden, von der die Besitzstörung ausgeht Erk. München 16/1 1880 Sammlg. VIII. 72.

[51] l. 1 § 13 D. 43. 16; Randa, Besitz § 7d, 9; Erk. Stuttgart 31/5 1851 Sf. IV. 228. Nach Oesterreichischem Recht ist die Zulässigkeit der Klage gegen den Auftraggeber zweifellos s. die bei Randa, Besitz 235 citirten Erkenntnisse.

[52] l. 1 § 12. 14 D. 43. 16; Randa, Besitz § 7d, 9. Erk. Jena 2/5 1862 Sf. XVI. 222 läßt die Klage gegen den Störenden auch dann zu, wenn dieser notorisch als Beauftragter gehandelt hat z. B. gegen den Gutsschäfer. Die Oesterreichische Praxis schwankt; sie hat nicht immer die Klage gegen den Mandatar gegeben s. die bei Randa, Besitz § 7d, 12a angeführten Erkenntnisse; dafür sprechen sich aber Randa, Besitz § 7d, 14 und die dort § 17d, 13a angeführten Erkenntnisse aus.

[53] Zachariä § 190b, 1.

Digitized by Google

wenn die Störung in fremdem Auftrag vorgenommen wurde, die Klage nur gegen den Auftraggeber gerichtet werden [54]. Nach Sächsischem Recht kann die Klage nur gegen Denjenigen gerichtet werden, der die Störung vorgenommen hat [55].

3. Es muß eine Störung vorliegen, durch welche der Besitz nicht entzogen worden ist [56]. Die Störung muß in einer Handlung des Störenden bestehen; das bloße Unterlassen einer Handlung, zu der man verpflichtet ist, ist nicht Besitzstörung [57]. Die Störung muß von den Beklagten ausgehen [58], und eine solche sein, die in den Besitzstand des Klägers eingreift [59], oder eine Besitzhandlung desselben hindert [60]. Es ist dabei weder Anmaßung des Besitzes von Seite des Störenden [61], noch Bestreitung des Besitzes des

---

[54] O.Tr.Pl.B. 2/4 1849 Entscheidungen XVIII. 11; Heydemann, Einleitung I. 380; Förster Eccius § 162, 63.

[55] Sachsen B.G.B. § 205.

[56] Savigny, Besitz 401; Koch, Besitz 250; Erk. Celle 7/6 1857 Sf. XII. 33. Bei völliger Entziehung des Besitzes ist die Besitzentsetzungsklage gegeben Erk. Jena 23/12 1855 Sf. XXII. 21.

[57] Randa, Besitz § 7b, 63; a. M. Bruns, Besitzklagen 71 und Dernburg, P. P.R. I. § 158 Nr. 2. Nach Weimarischer Praxis wird bei Gefällen die Nichtleistung als Besitzstörung aufgefaßt Bl. f. Thür. V. 59.

[58] Beeinträchtigungen, die nicht durch eine Handlung des Beklagten herbeigeführt werden, qualificiren sich nicht als Besitzstörung, so Verunreinigung eines Brunnens durch Eindringen von Mistjauche aus dem Nachbargrundstück Erk. Berlin 2/6 1824 Sf. II. 136; Herabfallen von Erde in einen Graben Erk. Lübeck 20/2 1842 Sf. IX 34; Weiden des unbeaufsichtigten Vieh's auf dem Nachbargrundstück Erk. München 23/2 1873 Sammlung III. 55. A. M. in dem letztern Fall Bruns, Besitzklagen 72.

[59] Windscheid § 159, 1; Bruns, Besitz 49; Randa, Besitz § 7b, 25 f.; Förster Eccius § 162, 44. Ein solches Eingreifen ist beispielsweise Anmaßung einer Servitut Erk. München 25/5 1845 Sf. V. 17 und Verfolgung eines Bienenschwarms in das Nachbargrundstück Erk. Cassel 19/11 1853 Sf. VIII. 49. Nicht als Besitzstörungen erscheinen Anlagen auf dem eigenen Grundstück, welche auf das Nachbar-Grundstück einwirken, Randa, Besitz § 7b, 24 und 32, Erk. Wolfenbüttel 16/1 1874 Sf. XXX, 229, und Handlungen, die sich als den Ausfluß eines Rechtes darstellen Randa, Besitz § 7b, 33 f.; Erk. Cassel 1857 A. f. Pr. R.W. IV. 173.

[60] l. 8 § 5 D. 8. 5; l. 11 D. 43. 16; l. 3 § 3 D. 43. 17; Windscheid § 159, 1; Randa, Besitz § 7b, 21 und 24a.

[61] l. 8 § 5 D. 8. 5; Bruns, Besitz 48 und Besitzklagen 70, 4; Vangerow § 336, Anm. I. II. Nr. 6; Koch, Besitz 251, 5; Windscheid § 159, 5. Dieser Ansicht schließen sich an: Erk. Cassel 19/11 1853 Sf. VIII. 49; Celle

Digitized by Google

Klägers [62], noch mala fides des Störenden [63] erforderlich. Gemeinrechtlich [64] und nach Sächsischem [65] und Oesterreichischem Recht [66] reicht jede thatsächliche Beeinträchtigung der faktischen Herrschaft des Besitzers hin, in welcher ein Handeln gegen seinen Willen liegt, wobei es auf die Form nicht ankommt [67]. Nach Preußischem Recht

7/6 1857 Sf. XII. 33; Jena 3/8 1866 Sf. XIX. 232; München 22/2 1873 Sammlg. III. 55; 28/6 1879 Bl. XLIV. 264; Darmstadt 1852 Sf. XXV. 6; Berlin 20/9 1869 Sf. XXIII. 136 (Nassauer Sache); 20/6 1878 F. M. IX. 1849 (Holsteiner Sache). A. M. Wiederhold, Interdictum 35; Sintenis, C.R. § 46, 18; Brinz, Pandekten (2) § 181, 7; Erk. Braunschweig 21/1 1880 Z. f. Br. XXXVIII. 111; Oldenburg 1840 Sf. VII. 41, welche Behauptung eigenen Besitzes für erforderlich halten. Den Standpunkt der ersteren Ansicht theilen Sachsen B.G.B. § 205 und Oesterreich A.B.G.B. § 339; Randa, Besitz § 7b, 36.

[62] Dieß hält Vangerow § 336 Anm. 1. I. 3 und Anm. 1. IIb für erforderlich, und es ist dieß im Französischen Recht anerkannt Aubry § 187, 25. Dagegen erklären sich Windscheid § 159, 5; Bruns, Besitzklagen 70; Randa, Besitz § 7b, 36; Erk. Berlin 20/6 1878 F. M. IX. 49 (Holstein).

[63] Bruns, Besitzklagen 270; Randa, Besitz § 7b, 37; Erk. München 16/12 1879 Sf. XXXV. 184. Nach Preußischem Recht muß die Störung beabsichtigt sein Förster Eccius § 162, 35; Bruns, Besitzklagen 70.

[64] l. 1 § 4 D. 43. 17; l. 11 D. 43. 16; Windscheid § 159, 4; Randa, Besitz § 7b, 21. Gegen die Ansicht von Savigny, Besitz 400, daß zur Besitzstörung gewaltsame Verletzung erforderlich sei s. Bruns, Besitzklagen 59 f.; Randa, Besitz § 7b, 20. Nach einer anderen Ansicht soll schon bloße Bestreitung des Besitzes des Klägers oder Behauptung eigenen Besitzes des Beklagten ohne materielle Störung genügen Puchta, Institutionen II. 225d; Sintenis, C.R. § 46, 17; Arndts § 172d; Erk. Oldenburg 23/12 1851 Sf. VII. 41; Lübeck 20/1 1842 Sf. IX. 33; 11/12 1875 Sf. XXXII. 302; München 3/6 1863 Sf. XVII. 45; Darmstadt 12/7 1861 Sf. XXI. 124; Wolfenbüttel 29/4 1866 Sf. XXIV. 34; Braunschweig 26/1 1880 Z. f. Br. XXVIII. 111; s. dagegen Randa, Besitz § 7b, 48; Erk. Celle 21/10 1870 Sf. XXIV. 213.

[65] Sachsen B.G.B. § 205 setzt thatsächliche Störung voraus. Damit ist die Auffassung der Drohung einer Besitzstörung als wirkliche Besitzstörung ausgeschlossen.

[66] Randa, Besitz § 7b, 24a. Nach Oesterreichischem Recht wird das bloße Bestreiten des Besitzes nicht als Besitzstörung aufgefaßt Randa, Besitz § 7b, 47a.

[67] Windscheid § 159, 4; Randa, Besitz § 7b, 24; Erk. München 21/7 1857 Sammlg. V 302. Die Besitzstörung kann auch mündlich geschehen z. B. durch Verbot einer Besitzhandlung Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 5. 12; Randa, Besitz § 7b, 46; Brinz, Pandekten (2) § 181, 4; Bruns, Besitzklagen 46; Erk. München 3/10 1848 Bl. XIV. 160; 3/6 1863 Bl. XXVIII. 313; 2/11 1877 Sf. XXXIV. 93; doch ist hier bloße Bestreitung des Besitzes oder

Digitized by Google

wird die Klage wegen gewaltsamer, heimlicher oder listiger Besitzstörung gegeben [68]. Das französische Recht unterscheidet troubles de fait und troubles de droit [69]. Die ersteren bestehen in Handlungen, welche in den Besitzstand eingreifen, ohne diesen selbst aufzuheben. Auf die Art der Störung kommt es dabei nicht an, sie muß nicht nothwendig eine gewaltsame sein [70]. Die troubles de droit bestehen in Eingriffen in den Besitz durch einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Akt [71], und begründen nach der richtigen Ansicht die Besitzstörungsklage [72].

III. Der Anspruch geht:

1. auf Beseitigung der Störung durch richterliches Verbot [73].

---

des Eigenthums nicht genügend Erk. München 8/11 1872 Bl. XXXVII. 396; Celle 21/10 1870 Sf. XXIV. 213. Nach Erk. Darmstadt 12/7 1861 Sf. XXI. 124 wird nach constanter Praxis die Anzeige einer Handlung, zu welcher das Eigenthum oder der Besitz einer Dienstbarkeit berechtigt zur Bestrafung beim Rügegericht als Besitzstörung von Seite des Anzeigenden aufgefaßt. Nach Oesterreichischem Recht wird die Verweigerung der Zahlung einer Rente als Besitzstörung behandelt Randa, Besitz § 35, 46. Gemeinrechtlich gilt die Drohung einer Besitzstörung als solche l. 11 l. 20 § 1 D. 43. 16; Bruns, Besitzklagen 62. 68. 73; Randa, Besitz § 7 b, 44; Erk. München 29/12 1859 Bl. XXVI. 223; 11/3 1879 Sf. XXXIV. 273; Celle 7/6 1857 Sf. XII. 33. Das Gleiche gilt von den Vorbereitungen zu einer Besitzstörung Brinz, Pandekten (2) § 181, 3; Erk. München 27/12 1872 Sammlung II. 138 (Anfahren von Steinen zur Vermauerung eines Thorwegs).

[68] Pr. L.R. I. 7. 150; Förster Eccius § 162, 37—43. Auch nach Preussischem Recht kommt es auf die Form der Störung nicht an Förster Eccius § 162, 44. Nach Preußischem Recht gelten Drohungen, die nicht sofort verwirklicht werden können, nicht als Besitzstörung Erk. O.Tr. 16/1 1843 Präj. 1252; 22/2 1854 Striethorst XII. 164; Förster Eccius § 162, 46. Dagegen kann in einer Denunciation eine Besitzstörung liegen Erk. O.Tr. 20/2 1857 Entsch. XXXV. 22; 24/4 1868 Striethorst LXX. 297.

[69] Aubry § 187, 23. 24.

[70] Zachariä § 189, 2. 3; Aubry 187, 28.

[71] Aubry § 187, 43.

[72] Diese werden von der französischen Jurisprudenz als Grundlage der complainte anerkannt Aubry § 167, 24. Die gegentheilige Meinung vertheidigt Zachariä § 189, 6; widerlegt Aubry § 187, 24.

[73] l. un. Cod. 8. 6; Savigny, Besitz 408; Windscheid § 159, 3; Bayr. L.R. II. 5. 12; Pr. L.R. I. 7. 151; Förster Eccius § 162, 78; Sachsen B.G.B. § 205; Oesterreich A.B.G.B. § 339; Randa, Besitz § 7 d, 45; Zachariä § 191, 2.

Digitized by Google

Gemeinrechtlich [74] und nach Preußischem Recht [75] kann auch auf Cautionsleistung angetragen werden (cautio de non amplius turbando). Die anderen Rechte kennen dieß nicht [76];

2. auf Schadensersatz wegen der vergangenen Störung [77]. Der Anspuch auf Schadensersatz kann gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht mit der Besitzstörungsklage verbunden werden [78], während nach Preußischem [79] und Oesterreichischem Recht [80] der Schadensersatzanspruch in gesondertem Verfahren zu verfolgen ist. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem Recht kann der Schadensersatzanspruch nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; nach Ablauf dieser Zeit haftet der Beklagte nur soweit er bereichert ist [81]. Nach Französischem Recht verjährt der Schadensersatzanspruch mit der Klage [82].

IV. Die dem Beklagten zustehenden Einreden sind:

1. die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs, indem der Be-

---

[74] Savigny, Besitz 409; Windscheid § 159, 3 b; Brinz, Pandekten (2) § 182, 9. 10; Randa, Besitz § 7 a, 4; Bayr. L.R. II. 5. 12.

[75] Pr. L.R. I. 7. 152. 153; Förster Eccius § 162, 79.

[76] Ueber das Sächsische Recht vgl. Schmidt, Vorlesungen I. 169 und über das Oesterreichische Recht Randa, Besitz § 7 d, 44. Das französische Recht kennt die Cautionsleistung bei der Besitzstörungsklage nicht.

[77] l. 3 § 11 D. 43. 17; Savigny, Besitz 409; Windscheid § 159, 3; Randa, Besitz § 7 d, 46; Bayr. L.R. II. 5. 12; Pr. L.R. I. 7. 153; Sachsen B.G.B. § 205; Oesterreich A.B.G.B. § 339; Zachariä § 191, 2. Gegen die Meinung, welche für das justinianische Recht die Zuläßigkeit der Schadensersatzklage in Abrede zieht, s. Bruns, Besitzklagen 56; Randa, Besitz § 7 d, 46. Auch für das Preußische Recht wird die Zuläßigkeit der Schadensersatzklage geläugnet in den Erkenntnissen bei Gruchot V. 455 und IX. 242; s. dagegen Dernburg, P. P.R. I. § 159, 1.

[78] l. 1 pr. l. 3 § 11 D. 41. 2; Savigny, Besitz 409; Randa, Besitz § 7 d, 46; Sachsen B.G.B. § 205.

[79] Vgl. unten Note 147. Nach Pr. L.R. I. 7. 153 kann der Kläger Cautionsleistung für Leistung des Schadensersatzes ansprechen Förster Eccius § 162, 82. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in drei Jahren Bornemann, System I. 268, 3; Koch, Besitz 270, 54.

[80] V. 27/10 1849 § 5; Randa, Besitz § 7 d, 46. Der Anspruch verjährt in drei Jahren A.B.G.B. § 1489.

[81] l. 1 pr. D. 43. 17; Windscheid § 159, 7. Das gleiche gilt nach Sachsen B.G.B. § 205; jedoch verjährt nach § 210 die Klage aus der Bereicherung in drei Jahren.

[82] Vgl. unten Note 86.

Digitized by Google

klagte der Klage die Einrede, daß der Kläger von ihm den Besitz fehlerhaft erworben habe, mit Erfolg entgegensetzen kann [83].

2. die Einrede der Verjährung. Die Klage verjährt gemeinrechtlich [84] und nach Sächsischem [85] und Französischem Recht [86] innerhalb eines Jahres, nach Oesterreichischem Recht innerhalb 30 Tagen von der Besitzstörung an [87]. Das Preußische Landrecht enthält keine Bestimmung über die Verjährung der Besitzklage, und es wurde daher früher angenommen, daß sie der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliege [88]. Dagegen hat sich die neuere Theorie [89] und Praxis [90] dahin festgestellt, daß sie nach Preußischem Recht einer Verjährung überhaupt nicht unterliege, da diese Klage nur wegen solcher Handlungen zuläßig sei, welche

[83] l. 1 pr. § 5. 9 l. 2 D. 43. 17; Savigny, Besitz 410; Windscheid § 159, 6; Erk. München 21/6 1875 Sammlg. V. 302; 31/5 1878 Sammlg. VII. 147; Wiesbaden 1851 Nass. Archiv VI. 317; 1853 Nass. Archiv VII. 125; Darmstadt 12/5 1847 A. f. Pr. R.W. VI. 302; Weimar Patent 22/5 1826. V; Sachsen B.G.B. § 207. Das gleiche gilt nach feststehender Praxis nach Preußischem Recht Heydemann, Einleitung I. 376; Meischeider, Besitz 184; Randa, Besitz § 7, 21; § 7 d, 31; Förster Eccius § 162, 87—89, und wird von Randa, Besitz § 7, 21 f. für das Oesterreichische Recht dargethan. Nach französischem Recht wird von den meisten angenommen, daß die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs den Kläger allgemein nicht nur in der oben angegebenen Beschränkung entgegengesetzt werden könne Zachariä § 188, 2; Aubry § 187, 14. Nach Sachsen B.G.B. § 210 verjährt die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs in einem Jahr von der Zeit an, in welcher die Klage hätte angestellt werden können.

[84] l. 1 pr. D. 43. 17; Windscheid § 159, 7; Randa, Besitz § 7 a, 9; Bayr. L.R. II. 5. 12 Nr. 7; Schleswigholstein V. 13/1 1797 § 10. Es bezieht sich dieß jedoch weder auf den Fall fortdauernder Störung Erk. Stuttgart 5/4 1843 Sf. XIII. 315; 7/9 1853 Sf. VII. 43, noch auf den Anspruch aus der Bereicherung des Beklagten Erk. Stuttgart 5/4 1843 Sf. XIII. 315. Nach einer anderen Ansicht soll die einjährige Verjährung nur für den Anspruch auf Schadensersatz gelten. Witte, Interdiktum 87—93. 125 f.; Erk. Darmstadt 24/4 66 Sf. XIX. 233; s. dagegen Randa, Besitz § 7 a, 9.

[85] Sachsen B.G.B. § 210.

[86] C. de pr. Art. 23; Zachariä § 189, 9—11.

[87] Es beruht dieß auf V. 27/10 1849 § 2. Randa, Besitz § 7 d, 3 b.

[88] Bornemann, System I. 268.

[89] Koch, Besitz 270; Förster, P. P.R. § 162, 101; Dernburg, P. P.R. 1 § 158, 24.

[90] O.Tr.Pl.B. 29/3 1847 Entsch. XIV. 159; Heydemann, Einleitung I. 384, 768.

Digitized by Google

innerhalb einer der Bezeichnung „neuerlich" entsprechenden, in jedem einzelnen Fall nach den Umständen zu bemessenden Zeitfrist von Anstellung der Klage zurückgerechnet, vorgefallen sind[91].

3. Nach Preußischem Recht kann sich der Beklagte, der in fremdem Auftrag gehandelt hat, durch den Nachweis dieses Verhältnisses von der Klage befreien[92].

V. Gemeinrechtlich ist das Interdikt ein Judicium duplex, so daß der Beklagte, der selbst Besitzer zu sein behauptet, Besitzschutz erhalten und die Verurtheilung des Klägers erwirken kann[93]. Nach Sächsischem Recht ist die Duplicität des Rechtsmittels insoferne anerkannt, als der Beklagte mit der Einrede, daß der Kläger im Verhältniß zu ihm fehlerhaft besitze, die Verurtheilung des Klägers in demselben Rechtsstreit erlangen kann[94]. In dem Preußischen[95] und Oesterreichischen Recht[96] ist die Duplicität des Rechtsmittels nicht anerkannt.

---

[91] Förster, P. P.R. § 162, 101. A. M. Förster Eccius § 162, 102, der die gewöhnliche 30jährige Verjährung als in Geltung stehend annimmt, da mit der Beseitigung des besonderen Besitzprocesses auch die für den Plenarbeschluß maaßgebende Voraussetzung weggefallen sei.

[92] Förster Eccius § 162, 94. Vgl. unten Note 163.

[93] l. 3 § 1 D. 43. 17. l. 37. § 1 D. 44. 7; Savigny, Besitz 403; Windscheid § 159, 9. Savigny, Besitz 405 nimmt an, daß dem Beklagten auch dann Besitz zugesprochen werden müsse, wenn er zwar nicht eignen Besitz beweise, aber die Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes darthue, was in Sachsen B.G.B. 207 angenommen worden ist s. dagegen Witte, Interdiktum 63, Windscheid § 159, 10, Erk. Celle 30/11 1855, Sf. XIV. 97. Noch weiter gehen Bangerow § 336, I. 4 d, Arndts § 172, 2, Randa, Besitz § 7 a, 8, Erk. Oldenburg 24/6 1851 Sf. VII. 41, indem sie als Wirkung der Duplicität annehmen, daß auch der fehlerhaft des Besitzes Entsetzte mit dem Interdikt klagend auftreten könne. Dagegen Schmidt, Interdiktum 112; Bruns in Becker Jahrb. IV. 44; Windscheid § 159, 10; Erk. Glückstadt 8/10 1860 Anz. 61, 171.

[94] Sachsen B.G.B. § 207.

[95] Förster, Eccius § 162, 106. Die in Pr. L.R. I. 7. 155—160 dem Richter gegebene Ermächtigung, im Fall des zweifelhaften Besitzes eine provisorische Regelung des Besitzstandes zu treffen, kann nicht als Anerkennung der Duplicität des Rechtsmittels angesehen werden, da einer solchen Anordnung die Eigenschaft eines Definitivbescheides fehlt, vgl. oben Note 47.

[96] Es folgt dieß schon aus V. 27/10 1849 § 15; Randa, Besitz § 7 d, 63.

Digitized by Google

B. Die Besitzentsetzungsklage.

Die im römischen Recht gegebenen Interdicta recuperandae possessionis [97] wurden im Mittelalter zur Spolienklage erweitert [98], und gingen in dieser Gestalt in unser gemeines Recht [99] und in unsere Landesrechte [100] über. Auch nach Französischem Recht wird dieß angenommen [101]. Nur das Preußische Recht vereinigt die Besitzstörungsklage und die Besitzentziehungsklage zu einem einheitlichen Rechtsmittel [102]. Für die Besitzentziehungsklage gelten folgende Grundsätze:

I. Nach römischem Recht war die Wirksamkeit des Rechtsmittels auf unbewegliche Sachen beschränkt [103]; nach dem gegenwärtig geltenden Rechte ist die Besitzentsetzungsklage auch für bewegliche Sachen [104] und Rechte [105] gegeben.

---

[97] Vgl. oben Note 7—9.

[98] Vgl. oben Note 10. Die ursprüngliche Bezeichnung war remedium ex canone reintegranda, was zu der technischen Bezeichnung la reintegrande des französischen Rechts geführt hat. Zachariä § 187 a, 2.

[99] Die in früherer Zeit bestrittene Frage, ob das römischrechtliche Interdictum unde vi neben der Spolienklage des canonischen Rechts selbstständig fortbestehe, hat für das gegenwärtige Recht die praktische Bedeutung verloren, da sich in jedem Rechtsgebiet die Vereinigung zu einem einheitlichen Rechtsmittel vollzogen hat, in welchem theils die Grenzen des interdictum de vi erweitert, theils die der Spolienklage, wie sie sich im Mittelalter ausgebildet hatte, beschränkt sind. Für die Vereinigung in dieser Art spricht sich schon Kreittmayr Anm. 1 zu Bayr. L.R. II. 5. 11 aus, und sie darf als in der neueren Praxis vollzogen angesehen werden. Bruns, Besitzklagen 225; Erk. Wiesbaden 26/3 1852 Sf. VII. 42.

[100] Die einheitliche Gestaltung in der Form der Spolienklage ist angenommen Bayr. L.R. II. 5. 11; Sachsen B.G.B. § 209; Oesterreich A.B.G.B. § 339. 346 Randa, Besitz § 7 c, 2.

[101] Vgl. oben Note 12.

[102] Förster Eccius § 162, 29; Dernburg, P.P.R. I. § 157, 12. Den gleichen Standpunkt nimmt Schleswigholstein B. 3/1 1797 ein.

[103] l. 1 § 3—8 D. 43. 16; Bangerow § 690 Anm. 2; Bruns, Besitz 67 und Besitzklagen 177; Arndts § 174 Note 5. Eine Ausdehnung auf Mobilien nehmen schon für das justinianische Recht durch l. 7 Cod. 8. 4 an Savigny, Besitz 437 und Windscheid § 160, 4, während andere dieß bestreiten; vgl. über diese Frage, die nur eine solche des früheren römischen Rechts ist Randa, Besitz § 7 a, 22.

[104] Die Ausdehnung auf Mobilien wird für das jetzt geltende gemeine Recht allgemein anerkannt. Heimbach, R.L. VIII. 244; Bruns, Besitzklagen

Digitized by Google

II. Voraussetzungen der Anwendung des Rechtsmittels sind:

1. Kläger war nach römischem Recht nur derjenige, der juristischen Besitz der Sache hatte [106]. Diese Voraussetzung ist nur im Oesterreichischen und Bayrischen Recht unbestritten erhalten [107];

249; so bei einem Schiff Erk. Oldenburg 1860 Sf. XIX. 46; bei Dokumenten Erk. Lübeck 18/11 1834 Sf. III. 172; Hausrath Erk. Lübeck 29/10 1835 Sf. V. 23; einem Inhaberpapier Erk. Wolfenbüttel 8/5 1868 Sf. XXIII. 137; abgemähtem Getreide Erk. Wolfenbüttel 12/4 1864 Sf. XXIV. 212; geschlagenem Brennholz Erk. Glückstadt 7/12 1853 Anz. 54. 158. Die gleiche Stellung nehmen ein Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 8; Pr. L.R. I. 7. 147; Sachsen B.G.B. § 206; Oesterreich A.B.G.B. § 346. Nur nach Französischem Recht ist die Besitzentsetzungsklage bei Mobilien nicht gegeben.

[105] Gemeinrechtlich ist dieß für alle Arten des Rechtsbesitzes anerkannt Bruns, Besitzklagen 249; Seuffert, Pandekten § 415; Bayr. L.R. II. 5 11 Nr. 8; Schleswigholstein V. 13/1 1797 § 1; so bei Prädialservituten Erk. Dresden 1847 Sf. II. 50; Kiel 29/8 1838 Sf. VII. 182; Wiesbaden 7/3 1839 Sf. I. 222, nicht aber bei Gebäudeservituten Erk. München 19/1 1874 Sf. XXXI. 315; ferner bei Reallasten Erk. Jena 26/2 1848 Sf. XVIII. 250; einer Rente Erk. Darmstadt 20/11 1855 Sf. XII. 340; einer Realberechtigung Erk. Kiel 21/5 1862 Sf. XVI. 115. Das gleiche gilt für das Oesterreichische Recht Randa, Besitz § 7 c, 3. Nach Sachsen B.G.B. § 205. 530 und nach Französischem Recht Zachariä § 187 b II findet die Besitzentsetzungsklage nur bei Servituten Anwendung. Nach Pr. L.R. I. 7. 147 unterliegt zwar die Ausdehnung der Besitzentsetzungsklage auf den Rechtsbesitz im allgemeinen keinem Zweifel, jedoch ist es nicht unbestritten, ob dieß auf affirmative Rechte allgemeine Anwendung finde. Vgl. oben Note 21.

[106] Savigny, Besitz 424; Bruns, Besitz 62; Seuffert, Pandekten § 414, 3; Windscheid § 160, 1; Brinz, Pandekten (2) § 183, 3. Andere nehmen an, daß schon nach römischem Recht das Rechtsmittel auf den Detentor ausgedehnt gewesen sei Thibaut A. f. C.Pr. XVIII. 355 f.; Kindel in Gruchot Beiträge XII. 210; Sintenis C.R. § 42, 24 und § 124, 48; s. dagegen Randa, Besitz § 7a, 14.

[107] Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 5: „Muß Kläger nicht nur daß er in possessione gewesen, sondern auch die Dejektion sattsam beweisen und wie nun die bloße Detention obverstandenermaßen keine wahre eigentliche Possession ist, so läßt sich auch diese Klage nicht darauf fundiren." Das gleiche wurde nach Oesterreichischem Recht schon bisher angenommen Randa, Besitz § 7, 2, und ist in V. 27/10 1849 § 2 ausdrücklich ausgesprochen. Damit ist aber für diese Rechtsgebiete nicht eine Abweichung von der Rechtsentwicklung gegeben, die wie unten gezeigt, in dem überwiegenden Theil von Deutschland sich vollzogen hat, da nach Bayrischem Landrecht und Oesterreichischem Recht derjenige, der die Detention im eigenen rechtlichen Interesse ausübt, als Rechtsbesitzer die Besitzentsetzungsklage hat; vgl. unten Note 109.

Digitized by Google

im Rechtsgebiet des gemeinen Rechts dagegen ist das Verhältniß bestritten, indem von den einen angenommen wird, daß die Grundsätze des römischen Rechts unverändert in Geltung seien [108], während eine andere Ansicht eine Ausdehnung auf den Detentor annimmt, insoferne derselbe die Detention im eigenen rechtlichen Interesse ausübt [109]. Diese letztere Ansicht ist im Preußischen [110], Sächsischen [111] und Französischen Recht [112] angenommen; die Klage steht auch dem Erben zu, insoferne die Entziehung noch zu Lebzeiten des Erblassers erfolgte, nicht aber wegen Entsetzung, die

---

[108] Windscheid § 162a, 5. Dieser Ansicht schließen sich an: Erk. Rostock 27/3 1865 Sf. XXII. 147; Darmstadt Präj. Nr. 157 und Erk. 2/11 1849 Sf. XXVI. 11; Lübeck 9/6 1871 Sf. XXVI. 220. In dem ehemaligen Königreich Hanover ist dieß durch Präjudiz 26/1 1841 G.S. I. 86 Sf. I. 225 gesetzlich anerkannt. In Bremen ist seit dem Erk. Lübeck 9/7 1831 die Praxis constant für Voraussetzung des juristischen Besitzes, vorher räumte sie das Rechtsmittel auch dem Detentor ein Post, E.R. II. 1. 88, 8.

[109] In der älteren Praxis wurde die Ausdehnung des Rechtsmittels auf den Detentor fast allgemein angenommen Bruns, Besitz 394, 1, Curtius, P.R. § 493a, und theils auf das römische Recht zurückgeführt, in welchem viele diesen Grundsatz anerkannt fanden, oben Note 106, theils aus einer durch das canonische Recht vollzogenen Ausdehnung erklärt. In constanter Praxis ist Ausdehnung auf den Detentor anerkannt in Schleswigholstein Erk. Glückstadt 9/2 1857 Anz. 57. 260; Kiel 6/11 1872 Anz. 73, 4; 13/4 1874 Anz. 74. 171; Berlin 5/4 1873 F.M. IV. 76 (Schleswig); in Braunschweig Erk. Wolfenbüttel 14/1 1854. Z. f. Br. III. 109; 25/11 1859 Sf. XXV. 7; 2/4 1875 Sf. XXXI. 111; Braunschweig 10/11 1879 Sf. XXXV. 125; Anhalt Dessau Erk. O.L.G. Dessau 3/2 1875 Z. f. Thür. XXIII. 248. Neuerdings hat sich auch das R.G. Erk. 21/10 1881 Entsch. V. 42 dafür ausgesprochen. Für die Ausdehnung erklären sich Bruns, Besitzklagen 237; Heimbach, R.L. VIII. 262, 61; Sintenis, C.R. § 124, 48; Stobbe, P.R. § 77, 30. Das Bayrische Landrecht giebt dem Pächter die Besitzklage auf Grund seines Rechtsbesitzes Erk. München 3/5 1873 Sammlg. III. 128; 25/5 1876 Sammlg. VI. 20; 28/1 1879 Sammlg. VII. 318; 12/7 1881 Sammlg. IX. 1883. Die gleiche Stellung nimmt die Oesterreichische Praxis ein s. die bei Randa, Besitz § 7, 8 citirten zahlreichen Erkenntnisse.

[110] Vgl. oben Note 22.

[111] Nach Sachsen B.G.B. § 208 steht die Besitzklage auch dem zu, der eine Sache zur Benutzung oder zum Zweck der Sicherung inne hat, und nach B.G.B. § 209 bei gewaltsamer und widerrechtlicher Entziehung jedem Inhaber.

[112] Aubry § 189, 3. Andere sprechen dem Inhaber die Besitzentsetzungsklage ab Zachariä § 190a, 5.

Digitized by Google

zwischen dem Anfall der Erbschaft und der Besitzergreifung des Erben geschehen ist [113].

2. Beklagter ist der Dejicient [114], sowie derjenige, in dessen Namen die Dejektion vorgenommen wurde [115] und die Erben derselben [116]; gemeinrechtlich [117] und nach Sächsischem Recht [118], nicht aber nach Preußischem [119], Oesterreichischem [120] und Französischem

[113] l. 1 § 44 D. 43. 16; Heerwart Z. f. C.R. XII. 210; Randa, Besitz § 7d, 1. 2; Pr. L.R. I. 7. 149; Sachsen B.G.B. § 2289. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Randa, Besitz § 7d, 2. Nach Französischem Recht ist das Rechtsverhältniß bestritten vgl. oben Note 38.

[114] l. 1 § 11 D. 43. 16; Randa, Besitz § 7a, 16; Pr. L.R. I. 7. 148; Sachsen B.G.B. § 206; Oesterreich B. 27/10 1849 § 2; Zachariä § 190b, 1. Daß der Spoliant überhaupt sich in den Besitz des Objekts gesetzt habe oder zur Zeit der Klagestellung noch im Besitz des Objektes sei, ist nicht erforderlich l. 15 D. 43. 16; Windscheid § 160, 10; Randa, Besitz § 7d, 3; Erk. Lübeck 9/6 1871 Sf. XXVI. 220; Glückstadt 7/12 1853 Anz. 54. 158; Wolfenbüttel 14/1 1854 Z. f. Br. III. 109. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht B. 27/10 1849 § 2; Randa, Besitz § 7c, 5. Für das Sächsische Recht dagegen nimmt Schmidt, Vorlesungen I. 171 auf Grund der Bestimmung Sachsen B.G.B. § 206 die Nothwendigkeit des Besitzes des Spolianten zur Zeit der Klagestellung an.

[115] Vgl. oben Note 51 f.

[116] Gemeinrechtlich haftet der Erbe nur für das was er noch hat l. 1. § 48 D. 43. 16; Savigny, Besitz 430; Windscheid § 160, 12; Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 2. Das Oesterreichische Recht hat diese Beschränkung nicht A.B.G.B. § 1464; Randa, Besitz § 7d, 4. Ebenso giebt Pr. L.R. I. 7. 148 die Klage gegen die Erben ohne Beschränkung Koch, Besitz 281, 32 und P.R. § 185, 6.

[117] Nach römischem Recht haftete der Singularsuccessor nicht l. 7 D. 41. 2; Savigny, Besitz 430, 4; Windscheid § 160, 14. Auf Grund der Bestimmung c. 18 X. 2. 13 nehmen die Haftung des dritten Besitzers mit der oben angeführten Beschränkung an Bruns, Besitz 179 und Besitzklagen 246; Windscheid § 162, 1; Seuffert, Pandekten § 415, 3; Erk. Wiesbaden 1851 Nass. A. VI. 317; Wolfenbüttel 22/5 1868 Sf. XXIII. 137; Lübeck 9/6 1871 Sf. XXVI. 220; Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 3. Nach einer anderen Ansicht soll durch das canonische Recht die Haftung auf jeden dritten Besitzer ausgedehnt sein Savigny, Besitz 513, Koch, Besitz 277; s. dagegen Bruns, Besitz 179 und 394, Besitzklagen 247, 3.

[118] Nach Sachsen B.G.B. § 206 steht die Klage gegen den dritten Besitzer zu, der bei Erlangung des Besitzes wußte, daß sein Vormann die Sache fehlerhaft besessen habe.

[119] Nach Preußischem Recht ist die Klage gegen den Singularsuccessor des Dejicienten nicht gegeben Koch, Besitz 281.

[120] Nach Oesterreichischem Recht ist die Klage gegen den Singularsuccessor des Dejicienten nicht gegeben Randa, Besitz § 7c, 6 und § 7d, 6.

Digitized by Google

Recht [121] auch der Singularsuccessor, der bewußt die geraubten Sachen von dem Spolianten erworben hat.

3. Der Kläger muß widerrechtlich des Besitzes entsetzt sein, diesen also verloren haben [122]. Nach römischem Recht war Besitzentsetzung durch Ausübung von Gewalt vorausgesetzt [123], was von manchen noch jetzt als gemeinrechtlich geltend angenommen wird [124], und im Bayrischen [125] und Französischen Recht [126] anerkannt ist.

---

[121] Zachariä § 190b, 2; Aubry § 189, 16. Uebrigens wird auch nach französischem Recht die Meinung vertreten, daß die Klage gegen den dritten Besitzer zustehe, der den Besitz spolii conscius erwarb.

[122] l. 1 § 45 D. 43. 16; Savigny, Besitz 431; Bruns, Besitzklagen 254; Brinz, Pandekten (2) § 183, 10; Erk. Dresden 1850 Sf. III. 267; Celle 28/6 1854 Sf. IX 158. Der Kläger muß ein Verbietungsrecht haben Erk. Berlin 15/3 1877 und 3/7 1877. F. M. VIII. 28. 56 (Hessen). Daher ist die Klage ausgeschlossen in den Fällen, in welchen einseitige Besitzergreifung gesetzlich gestattet ist, oben § 228, 53; Randa, Besitz § 7b, 33; Koch, Commentar Note 13 zu L.R. I. 7. 146, und gegen formell legale Handlungen von Behörden Bruns, Besitzklagen 257; Kreittmayr, Anm. 4e zu Bayr. L.R. II. 5. 11; Lang, Sachenrecht § 11, 14a; Erk. Lübeck 12/2 1830 Sf. V. 26. Dieß gilt auch nach französischem Recht Zachariä § 189, 7. Die Frage, ob der Beklagte ein Recht habe, die betreffende Handlung vorzunehmen, ist daher allerdings im Besitzproceß zu erörtern. Erk. Berlin 16/3 1871 F. M. II. 77 (Hessen); 1875 Anz. 76. 284 (Holstein); München 24/11 1874 Sammlung V. 24. Nach Bayrischem Landrecht ist die Spolienklage nicht zulässig, wenn der Beklagte im guten Glauben der Berechtigung gehandelt hat Erk. München 9/2 1873 Sammlg. V. 159. Entgegengesetzte Entscheidung Celle 9/7 1849 Sf. XII, 34.

[123] l. 1 § 3 D. 43. 16; Savigny, Besitz 428; Windscheid § 160, 5; Brinz, Pandekten (2) § 183, 13. Gegen die Meinung von Ihering, Grund des Besitzschutzes 104, daß schon nach römischem Recht das Rechtsmittel gegen jede Besitzentziehung gegeben gewesen sei, vgl. Bruns, Besitzklagen 84 f.; Randa, Besitz § 7a, 20; Windscheid § 160, 5.

[124] Es ist die Ansicht von Savigny, Besitz 513. 514, der die Beseitigung des im römischen Recht bestimmten Erfordernißes der Gewalt durch das kanonische Recht in Abrede zieht. Sie findet sich anerkannt Erk. Stuttgart 17/11 1837 Sf. I. 224; vgl. Bruns, Besitz 418, 6; Erk. Dresden 6/5 1848 Sf. III. 56, und Erk. A.G. Kiel 1870 Anz. 74. 308, wo ausgesprochen ist, daß durch die Bestimmung der S.H.V. 13/1 1797 § 1, welche die Klage gegen unrechtmäßige Entsetzung giebt, das Rechtsmittel nicht habe erweitert werden sollen.

[125] Das Bayrische Recht nimmt in dieser Frage eine Sonderstellung ein. Die Bestimmung der Bayr. G.O. 1753 III. 4. 10 „hat keine petitorische Klage wider den Entwehrten von Seite des Entwehrers statt" ist nach Bayr. L.R.

Digitized by Google

Für das gemeine Recht wird jedoch in Anwendung der für die Spolienklage geltenden Grundsätze jede eigenmächtige und widerrechtliche Besitzergreifung durch den Beklagten für genügend erachtet [127]. Nach Preußischem, Oesterreichischem und Badischem Recht [128] ist die Klage wegen jeder Besitzentziehung gegeben, die

1616 XX. 1, welche Stelle von Kreittmayr, Anm. zu G.O. III. 4. 10 ausdrücklich angezogen wird, nur von gewaltsamer Besitzentsetzung zu verstehen; vgl. den Aufsatz „zur Lehre vom remedium spolii" Bl. f. R.A. I. 247. In Bayr. L.R. II. 5. 11: „wer der Possession mit unrechtmäßiger Gewalt entsetzt und spolirt wird" ist dieß gesetzlich anerkannt, daher hat sich die Bayrische Praxis von jeher für das Erforderniß der Gewaltsamkeit ausgesprochen. Erk. München 17/3 1820, 11/8 1828, 19/10 1832 Du Prel VI. 78, 81, 110; 9/8 1853 Bl. XX. 91; 9/4 1874 Sammlg. IV. 170; 30/12 1876 Sammlg. VI. 157; 4/10 1880 Sammlg. VIII. 192. Die Proceßordnung von 1869 hat hieran nichts geändert Erk. München 28/1 1879 Sammlg. VII. 318, und in dem Bayr. A.G. zur D. C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 81 ist die fortdauernde Geltung der Bestimmung G.O. III. 4, da sie civilrechtlichen Inhalts ist, anerkannt. Da die Geltung der G.O. 1753 sich auf das ganze dießrheinische Bayern erstreckte, so ist die fortdauernde Geltung dieser Bestimmung für das ganze dießrheinische Bayern zweifellos. Erk. München 4/10 1880 Sammlg. VIII. 193 spricht übrigens aus, daß auch nach Bayrischem Recht die Gewalt nicht unmittelbar gegen die Person des Besitzers gerichtet sein müsse, wie dieß ja auch dem gemeinen Recht entspricht Windscheid § 160, 6; Erk. Darmstadt 6/6 1871 Sf. XXVI. 10; Erk. Berlin 23/11 1876 Sf. XXXIII. 196.

[126] Die französische Jurisprudenz setzt für die Klage gewaltsame Besitzentsetzung voraus, was in der Fassung des C. c. Art. 2060, 2 seine Bestätigung findet Zachariä § 191, 3; Aubry § 189, 9.

[127] Duncker, Quasibesitz Z. f. d. R. II. 109, 2; Bruns, Besitz 395; Sintenis, C.R. § 124, 48; Wächter, Pandekten § 128 S. 94; Randa, Besitz § 7 c, 10. Bruns, Besitzklagen 243 spricht aus, daß man das Erforderniß der Gewalt als theoretisch und praktisch beseitigt ansehen dürfe. Damit stimmen überein: Erk. Lübeck 18/11 1834 Sf. III. 173; 29/10 1835 Sf. V. 23; 9/6 1871 Sf. XXVI. 220; Dresden 1847 Sf. II. 50; Jena 25/3 1852 Sf. XII. 241; Darmstadt 3/11 1852 Sf. XIII. 32; Oldenburg 1860 Sf. XIX. 46; Wolfenbüttel 28/3 1859 Z. f. Br. VII. 174; 12/4 1864 Sf. XXV. 212; Berlin 22/9 1871 Sf. XXVI. 10 (Nassau). Bestritten ist, ob in der Weigerung der Fortentrichtung einer Abgabe eine Dejektion liege. Dafür Duncker, R.L. 101; Renaud, R.L. 72; Erk. Wiesbaden 26/3 1852 Sf. VII. 42; Darmstadt 20/11 1855 Sf. XII. 340; Jena 26/2 1848 Sf. XVIII. 250; dagegen Erk. Jena 25/3 1852 Sf. XII. 241; München 10/11 1873 Sf. XXIX. 7.

[128] Pr. L.R. I. 7. 146. 147; Oesterreich A.B.G.B. § 339. 345; Baden L.R. Art. 544 e. Der Absatz 2 des Badischen L.R. Art. 544 e hat durch E.G. zu den R.J.G. § 146 eine veränderte Gestalt erhalten. Bingner, Einführungsgesetz 156.

Digitized by Google

gewaltsam [129], heimlich [130] oder bittweise [131] vollzogen ist. Nach Sächsischem Recht setzt die Besitzentziehungsklage, die von dem früheren Besitzer oder einem Inhaber angestellt wird, der eine Sache zur Benützung oder zum Zweck seiner Sicherung innehatte, voraus, daß der Beklagte im Verhältniß zu ihm fehlerhaft besitze [132]. Zur Klagestellung wegen Verdrängung aus der Inhabung durch Gewalt oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung ist jeder Inhaber legitimirt [133].

III. Der Anspruch geht

1. gemeinrechtlich und nach Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes [134]

---

[129] Die Preußische Praxis erklärt als Gewalt jeden unbefugten eigenmächtigen Eingriff O.Tr.Präj. 12/4 1845 Präj. Nr. 1545; Erk. 7/1 1861 Entsch. XLIV. 51; Förster Eccius § 162, 37; Gruchot V. 484; Randa, Besitz § 7 c, 10. Auch nach Oesterreichischem Recht gilt als Gewalt jede widerrechtliche Entsetzung B. 27/10 1849 § 2; Randa, Besitz § 7 c, 10.

[130] Nach Pr. L.R. I. 7. 100 wird absichtliche Verheimlichung vorausgesetzt. Erk. O.T. 29/11 1848 Präj. Nr. 1369 hält dieß für nicht anwendbar auf die Besitzentsetzungsklage, erachtet es für diese vielmehr als genügend, wenn die Entsetzung dem Besitzer unbekannt geblieben sei; mit Recht erklären sich gegen diese Auffassung Koch, Note 76 zu L R. I. 7. 100; Förster Eccius § 162, 42. Es spricht dagegen schon der Umstand, daß in L.R. I. 7. 147 die Heimlichkeit der List gleichgestellt ist. Vgl. über diese Förster, Pr. P.R. § 160, 141; § 162, 37, der darin die Schaffung eines neuen Besitzfehlers sieht; wahrscheinlicher ist, daß damit nur eine Art der heimlichen Besitzergreifung bezeichnet werden sollte. Die Fassung Oesterreich A.B.G.B. § 345 „wenn sich jemand in den Besitz eindringt oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht" läßt die Voraussetzung absichtlicher Verheimlichung als zweifellos erscheinen. Dasselbe liegt in der Fassung Baden L.R. Art. 544 e „verheimlichte Ergreifung".

[131] Ueber die Voraussetzung der bittweisen Besitzentsetzung nach Preußischem Recht vgl. Förster Eccius § 162, 43, und nach Oesterreichischem Recht Randa, Besitz § 7 e III. Baden L.R. Art. 544 e nennt sie „gesetzwidrige Selbstverwandlung einer vergünstigten Inhabung in einen Besitz".

[132] Sachsen B.G.B. § 206. Fehlerhaft ist nach B.G.B. § 190 der Besitz desjenigen, welcher die Sache durch Gewalt oder heimlich an sich gebracht hat, oder der die bis auf beliebigen Widerruf empfangene Sache nach geschehenem Widerruf nicht zurückgiebt.

[133] Sachsen B.G.B. § 209.

[134] l. 1 § 1, l. 15. 16. D. 43. 16; Savigny, Besitz 443; Randa, Besitz § 7 d, 49; Sachsen B.G.B. § 206; Oesterreich A.B.G.B. § 346. Dieß findet auch nach französischem Recht Anwendung Aubry § 189, 19.

Digitized by Google

und wenn dieß nicht möglich ist, auf Erstattung des Besitzwerthes [135]; nach Preußischem Recht auf Wiederherstellung der Gewahrsam [136];

2. gemeinrechtlich und nach Sächsischem Recht auf Ersatz des durch die Besitzentsetzung verursachten Schadens [137]. Dieser Anspruch geht gemeinrechtlich auf Rückgabe oder Ersatz der anderen mit der Dejektion verlorenen Sachen [138], Ersatz der durch die Dejektion verlorenen Früchte [139], Schadensersatz für alle nach der Dejektion erfolgten Beschädigungen der Sache [140], sowie für die Unterbrechung der Ersitzung [141]. Der Beklagte haftet jedoch in diesem Umfang nur ein Jahr lang, nach Ablauf desselben nur für das was er noch hat [142]. Der Betrag dieser Ansprüche konnte nach früherem Recht durch den Eid des Klägers bestimmt werden [143], was aber durch die D. C.P.O. aufgehoben ist [144]. Nach

---

[135] l. 21 § 2 D. 4. 2; Savigny, Besitz 443, 1; Randa, Besitz § 7 d, 50. Nach D. C.Pr.O. § 6 fällt der Besitzwerth mit dem Sachwerth zusammen, wie dieß schon Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 3 ausgesprochen war. Früher wurde dieß vielfältig in Abrede gestellt und es wurden für Berechnung des Besitzwerths besondere Regeln aufgestellt Mommsen, Beiträge II. 246. 247; Bruns, Besitzklagen § 17; Windscheid § 160, 10; Randa, Besitz § 3, 20 a.

[136] Pr. L.R. I. 7. 146; Förster Eccius § 162, 77; Koch, Besitz 279. Es beruht dieß darauf, daß nach Pr. L.R. I. 7. 112 durch fehlerhafte Besitzergreifung nur die Gewahrsam nicht der Besitz verloren geht. Vgl. oben § 227, 101.

[137] l. 1 § 41 D. 43. 16; Savigny, Besitz 443; Windscheid § 160, 10; Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 206; Aubry § 189, 19.

[138] l. 1 pr. § 33. 34, l. 19 D. 43. 16; Savigny, Besitz 444; Windscheid § 160, 10.

[139] l. 1 § 40 D. 43. 16; Savigny, Besitz 444, 4. Es gehören dazu auch die nicht gezogenen Früchte l. 4 Cod. 8. 4; Savigny, Besitz 444, 5.

[140] l. 1 § 35 D. 43. 16; Savigny, Besitz 444, 6.

[141] Savigny, Besitz 444, 7; Seuffert, Pandekten § 414, 14.

[142] l. 1 pr. D. 43. 16; Windscheid § 160, 11. Gemeinrechtlich gilt dieß auch bei der Spolienklage. Bruns, Besitzklagen 261, 1; Erk Wiesbaden 26/5 1852 Sf. VII. 42. Nach Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 9 erstreckt sich die dreißigjährige Verjährung bei der Spolienklage auch auf den Ersatzanspruch.

[143] l. 9 Cod. 8. 4; Savigny, Besitz 446, 1; Windscheid § 160, 10. Es ist dieß das juramentum Zenonianum.

[144] D. C.Pr.O. § 260. Hiernach kann die eidliche Schätzung des Schadens durch die Parthei nur richterlich angeordnet werden, während die Vorschriften über den Schätzungseid aufgehoben sind.

Digitized by Google

Sächsischem [145] und Französischem Recht [146] kommen die allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatzanspruch zur Anwendung. Nach Preußischem Recht kann der Anspruch auf Schadensersatz nur in gesondertem Verfahren durch die gewöhnliche Schadensersatzklage geltend gemacht werden [147]. Nach Oesterreichischem Recht hat der Beklagte den Schaden zu ersetzen, den er durch die Besitzentziehung kulpos verursacht hat [148]. Der Anspruch muß im ordentlichen Rechtsweg mit der Schadensersatzklage geltend gemacht werden [149].

IV. Einreden. Dem Beklagten stehen als Einreden zu:

1. die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs. Diese ist nach Preußischem [150] und Oesterreichischem Recht [151] gegen die Besitzentsetzungsklage in derselben Beschränkung gegeben wie gegen die Besitzstörungsklage, also nur insoferne, als der Kläger von dem Beklagten den Besitz fehlerhaft erworben hat [152]. Dagegen ist ge-

---

[145] Der in Sachsen B.G.B. § 206 bestimmte Schadensersatzanspruch richtet sich nach den in B.G.B. § 124 getroffenen Bestimmungen. Der Schadensersatzanspruch verjährt in einem Jahr und nur so weit der Beklagte bereichert ist in drei Jahren B.G.B. § 210.

[146] Der Code civil nnd der Code de procedure enthalten keine besonderen Bestimmungen über den Ersatzanspruch, es kommen also die allgemeinen Regeln über Schadensersatzleistung zur Anwendung. Vgl. über diese Zachariä § 445. Für den Schadensersatzanspruch bei der reintegrande gilt die einjährige Verjährung C. de pr. Art. 23.

[147] Koch, Besitz 282, 33. Es wird die gewöhnliche Schadensersatzklage gestellt, die nach Pr. L.R. I. 6. 54 in drei Jahren verjährt Koch, Besitz 270, 54; Bornemann, System I. 268, 3. Ueber die Schadensersatzklage nach Preußischem Recht vgl. Förster Eccius P. P.R. § 90, 70 f.; Dernburg, P. P.R. I. § 159. Gegen die Erkenntnisse bei Gruchot V. 455 und IX. 242, welche die Zulässigkeit der Schadensersatzforderung wegen Besitzstörung oder Besitzentsetzung läugnen vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 159, 1; Randa, Besitz § 7 d, 46.

[148] A.B.G.B. § 346. Daß ein Schadensersatzanspruch nach Oesterreichischem Recht nur bei kulposer Schadenszufügung gegeben sei, ist von Randa, Besitz § 7 d, 54 überzeugend nachgewiesen.

[149] Nach V. 27/10 1849 § 55 ist der Schadensersatzanspruch mit der Besitzentsetzungsklage binnen 30 Tagen anzumelden; jedoch wird er, wenn der Gegner ihn nicht freiwillig anerkennt, auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen, und verjährt dann in drei Jahren Randa, Besitz § 7 d, 55.

[150] Koch, Besitz 282; Förster Eccius § 162, 92; Randa, Besitz § 7 d, 31.

[151] Randa, Besitz § 7 d, 31.

[152] Vgl. oben Note 88.

Digitized by Google

meinrechtlich [153] und nach Sächsischem Recht [154] diese Einrede bei der Besitzentsetzungsklage überhaupt nicht gegeben. Nach Französischem Recht kann der Beklagte die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs dem Beklagten allgemein entgegenstellen [155];

2. die Einrede der Verjährung. Nach römischem Recht verjährte das Interdictum unde vi, soweit es auf Restitution des Besitzes und vollen Schadensersatz gerichtet ist, in einem Jahr, hinsichtlich der übrigen Ansprüche in dreißig Jahren [156]. Für die Spolienklage wird dreißigjährige Verjährung als geltend angenommen [157], und es ist dieß gemeinrechtlich als für die Besitzentsetzungsklage allgemein recipirt anzusehen [158]. Nach Sächsischem [159] und

---

[153] Für das Interdictum de vi war diese Einrede durch § 5. 6 Inst. 43. 16 ausdrücklich ausgeschlossen Savigny, Besitz 448; Windscheid § 160, 15, und es gilt dieß auch für die Spolienklage Bruns, Besitzklagen 260; Randa, Besitz § 7 d, 31; Erk. Lübeck 18/11 1834 Sf. III. 172; Berlin 14/11 1878 Sf. XXXIV. 274 (Holstein).

[154] Sachsen B.G.B. § 207 gibt die Einrede des fehlerhaften Erwerbs nur bei der Besitzstörungsklage. Ich kann daher der Meinung von Randa, Besitz § 7 d, 31 und Bruns, Besitzklagen 260, 3, daß das Sächsische B.G.B. die Einrede des fehlerhaften Erwerbs auch bei der Besitzentsetzungsklage zulasse, nicht beistimmen.

[155] Aubry § 189, 6. A. M. Zachariä § 191, 3 der die Einrede ganz ausschließen will, für das Französische Recht also den Standpunkt des römischen Rechts oben Note 153 einnimmt. Dieß nimmt auch Randa, Besitz § 7 d, 31 an.

[156] l. 1 pr. D. 43. 16; Windscheid § 160, 11. Savigny, Besitz 450, 4 nimmt an, daß die einjährige Verjährung nicht Platz greife, wenn der Beklagte den Besitz der Sache noch habe, daß hier vielmehr dreißigjährige Verjährung eintrete, und dieser Ansicht treten bei Witte, Interdiktum 91; Randa, Besitz § 7 d, 34; Wächter, Pandekten § 128 S. 94. I. 4; Erk. Darmstadt 30/11 1859 A. f. Pr. R.W. IX. 470; 24/4 1866 Sf. XIX. 233; Wiesbaden 26/3 1852 Sf. VII. 42. Mit Recht wendet dagegen Bruns, Besitzklagen 260, 5 ein, daß unter dem »quod ad eum pervenit« nur die Bereicherung nicht das noch im Besitz des Beklagten befindliche Besitzobjekt zu verstehen sei, die Klage daher auch hinsichtlich des letzteren der einjährigen Verjährung unterliege.

[157] Ursprünglich war nach canonischem Recht die Spolienklage, soweit sie auf Herausgabe der rechtswidrig besessenen Sache gerichtet war unverjährbar Bruns, Besitz 159 und Besitzklagen 261, 2. Später wurde sie durch die Praxis der dreißigjährigen Verjährung unterworfen Bruns, Besitz 397, 1; Duncker, Z. f. D. R. II. 109; Stobbe, P.R. § 77, 36.

[158] Heerwarth, Z. f. C.R. XII. 321; Heimbach, R.L. VIII. 233, 63. Dieß ist Bayr. L.R. II. 5. 11 Nr. 9 und Schleswig-Holstein V. 13/1 1797

Digitized by Google

Französischem Recht [160] verjährt die Besitzentsetzungsklage in einem Jahr, nach Oesterreichischem Recht in dreißig Tagen [161], nach Preußischem Recht ist sie unverjährbar [162].

3. Nach Preußischem Recht steht dem Beklagten die Einrede der fehlenden Passivlegitimation zu, indem der Beklagte, der die Besitzentsetzung in fremdem Auftrag vorgenommen hat, durch Benennung seines Auftraggebers sich von der Klage befreien kann [163].

V. Exceptio spolii. Der des Besitzes Entsetzte hat gemeinrechtlich die exceptio spolii, die er allen [164] Klagen des Spolianten mit der Wirkung entgegensetzen kann, daß er bis zu erfolgter Restitution sich auf dieselbe nicht einzulassen braucht [165]. Den anderen Rechten ist dieses Rechtsmittel nicht bekannt.

---

§ 10 allgemein ausgesprochen. Es gilt dieß jedoch nur für den Anspruch auf Restitution des Besitzes; für die Schadensersatzklage gelten die oben Note 142 angeführten Grundsätze. Nach einer anderen Ansicht soll die einjährige Verjährung auch für die Spolienklage gelten Duncker, Z. f. D. R. II. 109.

[159] Sachsen B.G.B. § 210.

[160] C. de pr. Art. 23; Zachariä § 189, 9—11.

[161] B. 27/10 1849 § 2; Randa, Besitz § 7d, 36.

[162] Vgl. oben Note 89. 90. A. M. Förster Eccius § 162, 102, der sie jetzt als der dreißigjährigen Verjährung unterworfen ansieht.

[163] Förster Eccius § 162, 94; vgl. oben Note 92. Nach den anderen Rechten ist dieß nicht begründet, vielmehr haftet nach diesen der Dejicient immer; vgl. oben Note 114.

[164] Gemeinrechtlich kommt auf den Gegenstand der Klage nichts an Heimbach R.L. III. 800, 15. Nach Schleswig-Holstein B. 13/1 1797 § 9. 10 kann die Einrede nur solchen Klagen entgegengesetzt werden, die mit der Besitzentsetzung connex sind. Das Gleiche wird für das Bayrische Recht angenommen Seuffert, Commentar zur G.O. II. 94. 43; Roth, Bayr. C.R. (1) § 134, 97.

[165] Savigny, Besitz 516; Bruns, Besitz 131 f.; Heimbach, R.L. III. 800; Erk. Jena 25/3 1852 Sf. XII. 325. Der Beweis muß jedoch, wenn sie von der Einlassung befreien soll, innerhalb 15 Tagen nicht nur angetreten sondern auch geführt werden Erk. Darmstadt 9/8 1872 Sf. XXIII. 105; 12/10 1875 Sf. XXXIII. 106. In Bayern ist die Zulässigkeit des Rechtsmittels durch Bayr. G.O. III. 4 Nr. 10 anerkannt und die fortdauernde Geltung dieser Bestimmung ist auch nach Einführung der D. C.Pr.O. anerkannt vgl. oben Note 125. Dagegen ist dasselbe in Württemberg durch C.P.O. Art. 33 Lang, Sachenrecht § 11, 23, in Sachsen-Weimar durch Ges. 28/5 1857 § 6 Bl. f. Thür. V. 60, und in Sachsen-Meiningen durch Ges. 14/8 1833 aufgehoben.

Digitized by Google

Buch 3.

Das Eigenthum.

Caput 1.

Wesen und Inhalt.

Titel I.

Begriff[1].

§ 230.

Das römische Recht kannte nur Eigenthum an körperlichen Sachen[2]. Das ältere deutsche Recht dagegen dehnte den Eigenthumsbegriff auch auf unkörperliche Sachen aus[3], und es ist dieß insoferne in das jetzt geltende Recht übergegangen, als dieses für einzelne Rechte die Anwendung des Eigenthumsbegriffs zweifellos anerkennt[4]. Hiernach ist also der Eigenthumsbegriff erweitert und es ist Eigenthum an Rechten bei uns nicht wie nach römischem Recht ausgeschlossen. Es gelten hiernach folgende Grundsätze:

I. Begriff. Eigenthum ist das Recht über eine körperliche Sache oder ein Recht ausschließlich zu verfügen[5]. Seinem Grund-

---

[1] Vgl. Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum I. 1857; Schmid, Handbuch I. § 1—4; Gesterding, Lehre vom Eigenthum § 1—10; Windscheid § 167—169; Vangerow § 295—302; Brinz, Pandekten (2) § 130—133; Beseler, P.R. § 81; Stobbe, P.R. § 78. 83—86; Förster Eccius § 166—171; Dernburg, P. P.R. 1 § 215—221; Bertram, P.R. § 199—220; Platner, Sachenrecht § 7—10; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118—128; Lang, Sachenrecht § 15—27; Zachariä § 193a—195; Aubry § 190—198. 238—246.

[2] Pagenstecher, Eigenthum I. 39; Schmid, Handbuch § 1, 2.

[3] Duncker, Z. f. d. R. II. 194; Beseler, P.R. § 81, 4; Stobbe, P.R. § 78, 11.

[4] Vgl. unten Note 27 f. Katz, die Entwicklung des Eigenthumsbegriffs zum abstrakten Eigenthum Gruchot XX. 718—727.

[5] Dieß ist die in unseren Landesrechten wiederkehrende Begriffsbestimmung Bayr. L.R. II. 2. 1: Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eigenem Belieben frei und ungehindert soweit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zuläßt. Pr. L.R. I. 8. 1: Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache mit Ausschluß

Digitized by Google

begriff nach ist das Eigenthum so beschaffen, daß in Beziehung auf den Gegenstand dem Willen des Eigenthümers keinerlei Schranken gezogen sind und ihm Dritten gegenüber ein Recht der Ausschließung jeder Einwirkung zusteht[5]; was man früher die natürliche Freiheit des Eigenthums nannte[6]. Indessen wird der Eigenthumsbegriff dadurch nicht alterirt, daß der Willkür des Eigenthümers in der Verfügung über den Gegenstand durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen oder Rechte Dritter Schranken gezogen sind[7], da mit dem Wegfallen dieser Beschränkungen die Freiheit des Eigenthums von selbst wieder hervortritt[8]. Das Eigenthum ist untheilbar, so daß die darin liegenden einzelnen Befugnisse nicht verschiedenen Eigenthümern zugetheilt sein können[9]. Es ist seiner Natur nach beständig und kann nur durch besondere Festsetzung widerruflich gemacht werden[10].

---

anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder durch einen Dritten zu verfügen. Sachsen B.G.B. § 217: Das Eigenthum gewährt das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache. Oesterreich A.B.G.B. § 354: Als ein Recht betrachtet ist Eigenthum die Befugniß mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten. C. c. Art. 544: la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les reglemens. Alle diese Definitionen sind identisch und treffen mit der von Savigny, System I. 367 gegebenen überein, wornach Eigenthum die ausschließliche und unbeschränkte Herrschaft einer Person über eine Sache ist. In der Hauptsache, wenn auch mit einzelnen Modifikationen stimmen damit überein Schmid, Handbuch § I. 1; Unger, Ö. P.R. § 61, 56; Förster Eccius 166, 7. Es hat indeß nicht an Versuchen gefehlt, in die Definition des Eigenthumsbegriffs die Möglichkeit der Beschränkung durch Gesetz oder Rechte Dritter aufzunehmen. Daher wird das Eigenthum erklärt „als die dem Grundbegriff nach (an sich) vollständige und ausschließliche Herrschaft" Windscheid § 167, 5; Arndts § 130; Gerber, P.R. § 76, 1; oder als „die oberste rechtliche Herrschaft über eine Sache" Stobbe, P.R. § 78, 1. Diese verschiedenen Definitionen sind nur Constructionsversuche, ohne Einfluß auf das materielle Recht, hinsichtlich dessen keine Meinungsverschiedenheit besteht.

[6] Gesterding, Eigenthum 19. 20.

[7] l. 25 pr. D. 50, 16; Windscheid § 167, 4.

[8] § 4 Inst. 2. 4; l. 3 § 2 D. 7. 1; Sintenis, C.R. § 47, 13; Förster Eccius § 166, 12.

[9] Förster Eccius § 166, 11. Vgl. unten § 231.

[10] Seuffert, Pandekten § 121, 7; Förster Eccius § 166, 13; Zachariä § 196.

Digitized by Google

II. Subjekte. Die Eigenthumsfähigkeit bildet die Regel für alle physischen Personen [11]. Ausnahmen sind nur begründet nach denjenigen Rechten, welche bei Religiosen mit Ablegung der Klostergelübde den bürgerlichen Tod eintreten lassen [12]. Dagegen kennen unsere Landesrechte noch mannigfache Beschränkungen der Fähigkeit zum Eigenthumserwerb [13]. Für juristische Personen ist die Eigenthumsfähigkeit Voraussetzung des Bestehens [14]; auch bei ihnen finden sich Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit [15].

III. Gegenstand des Eigenthums sind:

1. Sachen. Nur verkehrsfähige Sachen können im Eigenthum stehen [16]. Voraussetzung des Eigenthums ist individuelle Bestimmtheit der Sache; es gilt dieß sowohl für bewegliche als für unbewegliche Sachen [17].

a. Unbewegliche Sachen. Für Grundflächen sind bestimmend die Grenzen [18]. An sich muß die Abgrenzung künstlich hergestellt werden, da die Theilung der Erdoberfläche immer nur eine gedachte ist. In einzelnen Landesrechten ist ein besonderes Grenzregulirungsverfahren vorgeschrieben, welches ein nicht streitiges ist [19]. Für die Bestimmung streitiger Grenzen ist gemeinrechtlich

---

[11] Pagenstecher, Eigenthum I. 39; Sintenis, C.R. § 48, 1; Pr. L.R. I. 8. 6; Sachsen B.G.B. § 33. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Randa, Besitz § 9, 3a, § 22, 20 und Eigenthumsrecht § 2.

[12] Vgl. oben § 70, 34.

[13] Vgl. unten § 241.

[14] Vgl. oben § 71.

[15] Vgl. unten § 241.

[16] Vgl. oben § 79, 12; Stobbe, P.R. § 64 Nr. 1; Bayr. L.R. IV. 2. 4; Pr. L.R. I. 8. 3; Dernburg, P. P.R. I. § 67 Nr. 1; Zachariä § 176, 2.

[17] Förster Eccius § 168, 29.

[18] Ueber Grenzen im Allgemeinen vgl. Oetinger de jure limitum Augsburg 1670; Beck, Recht der Grenzen 1754; Beseler, P.R. § 181, 8; Budbeus, Grenzen R.L. IV. 880—902; Weiske, Landwirthschaftsrecht § 119. 120; Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 161.

[19] Pr. L.R. I. 7. 383—388; Dernburg, P. P.R. I. § 216 Nr. 2; Förster Eccius § 182, 102; Bayern, Vermarkungsgesetz 16/5 1868 Roth. Bayr. C.R. (1) § 118, 23 f.; Württemberg Ges. 23/7 1877 Vereinigung der Markungsgrenzen; Darmstadt Ges. 23/10 1830 Feststellung der Grenzen; V. 23/3 1833 Instruktion für Feldgeschworene; Sondershausen Ges. 18/10 1851 Vermarkung der Flurgrenzen; Reuß j. L. Ges. 25/3 1853 Verfahren bei Grenz-

Digitized by Google

und nach unseren Landesrechten die Grenzberichtigungsklage (actio finium regundorum) gegeben [20]. Bei Grundflächen erstreckt sich das Eigenthum nach dem Verhältniß der in solcher Weise bestimmten Oberfläche auf den Untergrund und was sich darin befindet [21], und den über der Erdoberfläche befindlichen Raum (die Luftsäule) [22], sowie auf alle Bestandtheile der Oberfläche [23], zu denen auch die darauf befindlichen Privatgewässer gehören [24].

---

revisionen; 20/12 1855 Aenderung der Flurgrenzen; Elsaß-Lothringen Ges. 21/11 1875 Errichtung von Marksteinen.

[20] Windscheid § 450; Sintenis, C.R. § 122; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 104—107; Bayr. L.R. II. 2. 13; Pr. L.R. I. 17. 362—382; Koch, F. § 313; Dernburg, Pr. P.R. I. § 216 Nr. 1; Förster Eccius § 182, 96; Sachsen B.G.B. § 364—366; Oesterreich A.B.G.B. § 851—853 Randa, Besitz § 7 b, 50; C. c. Art. 646 Zachariä § 238 Aubry § 199. Das einzelne wird im Obligationenrecht gegeben werden.

[21] l. 24 § 12 D. 39. 2; Windscheid § 139, 3; Wächter, W. P.R. II. § 87, 3; Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II. 8. 4 und 10; Lübeck Bauordnung 23/5 1881 § 61; Pr. L.R. I. 8. 32; Förster Eccius § 168, 45; Sachsen B.G.B. § 218; Randa, E. § 3, 47; C. civ. Art. 552; Zachariä § 170; Aubry § 192, 2. Ueber die durch die Regalität der Fossilien begründeten Ausnahmen vgl. Förster Eccius § 168, 47; Roth, Bayr C.R. (1) § 244; Lang Sachenrecht § 22, und hinsichtlich des Schatzes unten § 245. Die gegen diese Auffassung von Werenberg, Jahrb. f. Dogm. VI. 23 vorgebrachten Bedenken widerlegen Hesse, Jahrb. f. Dogm. VI. 396; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 34.

[22] l. 1 pr. D. 8. 2; l. 22 § 4 D. 43. 24; Windscheid §§ 139, 3; Schmid, Handbuch § 3, 7; Wächter, W. P.R. II. § 44, 4; Unger, Ö. P.R. § 46, 4; Kreittmayr, Anm. 2 b zu Bayr. L.R. II. 1. 5; Lübeck, Bauordnung 23/5 1881 § 61; Sachsen B.G.B. § 218; Oesterreich A.B.G.B. § 297; Randa, E. § 3, 47; C. civ. Art. 552. 672. 678 Zachariä § 174, 1a; Aubry § 168, 1; § 192 Nr. 1. Die gemeinrechtliche und die Preußische Praxis erkennen diesen Grundsatz ausnahmslos an vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 110, 18 und unten Note 42 f.; Förster Eccius § 168, 30. Gegen die Meinung von Werenberg, Jahrb. f. Dogm. VI. 3 der den Luftraum über dem Grundstück für eine res communis erklärt vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. VI. 86; Roth Bayr. C.R. (1) § 118, 35.

[23] Förster Eccius § 168, 34. Ueber die Bestandtheile der Oberfläche vgl. oben § 75, 12—15.

[24] Dieß gilt allgemein für gebundene Privatgewässer Mittermair, P.R. § 222b, 31; Förster Eccius § 168, 40; Erk. Stuttgart 31/1 1865 Sf. XXI. 12; 26/10 1855 Sf. XXII. 11; Darmstadt 13/7 1869 Sf. XXIII. 207; Celle 13/7 1877 Sf. XXXIII. 2; München 18/5 1878 Sf. XXXIV. 92; Berlin 28/11 1878 Sf. XXXIV. 267; ebenso aber für Privatflüsse Mittermair, P.R.

Digitized by Google

b. Bewegliche Sachen können entweder einzeln oder in ihrer Vereinigung zu Gesammtsachen Gegenstand des Eigenthums sein. Bei Sachgesammtheiten erstreckt sich das Eigenthum nach der einen Ansicht nur auf die einzelnen Sachen[25], während nach der anderen Ansicht auch die Gesammtsache als solche Gegenstand des Eigenthums ist[26].

2. Rechte. Die Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf Rechte ist auch für das gemeinrechtliche Rechtsgebiet nicht zu bezweifeln, da das deutsche Handelsgesetzbuch denselben allgemein auf Inhaberpapiere anwendet[27], dasselbe für das Verlagsrecht anzunehmen ist[28], und die einzelnen Landesrechte die Hypothekbestellung an bestimmten Rechten zulassen, also die Immobiliareigenschaft derselben anerkennen[29]. Außerdem haben aber einzelne Landesrechte die Ausdehnung bestimmt formulirt. Allgemeiner erkennen das Bayrische[30] und Oesterreichische Recht[31] die Aus-

---

§ 222b, 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 289, 4; Förster Eccius § 168, 39; § 170, 10. 11; Dernburg, Pr. P.R. I. § 253, 4.

[25] Wächter, W. P.R. II. § 39, 15; Unger, Ö. P.R. § 57, 44. Dieß ist die Auffassung von Sachsen B.G.B. § 63 und des französischen Rechts Zachariä § 168, 5.

[26] Arndts § 48; Sintenis, C.R. §44, 74. Dieß ist die Auffassung des Bayrischen Rechts Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II. 5. 6; dann des Pr. L.R. I. 2. 32 und 53 Förster Eccius § 21, 2 und Oesterreich A.B.G.B. § 311. 427. 452 Unger, Ö. P.R. § 57, 43, wogegen Randa, Besitz § 19, 2 und Eigenthumsrecht § 3, 2 Eigenthum hier nur an den einzelnen Sachen anerkannt findet. Windscheid § 137, 6 nimmt Eigenthum an der Gesammtsache nur bei Heerden und anderen Naturganzen nicht bei anderen Gesammtsachen an.

[27] D. H.G.B. Art. 306. 307; Lang, Sachenrecht § 16, 4.

[28] Dieser Ansicht sind, wenn auch mit verschiedener Motivirung Windscheid § 137, 10; Stobbe, P.R. § 158 Nr. 5; Förster Eccius § 168, 25; Dernburg, Pr. P.R. II. § 304, 5; Zachariä § 193b.

[29] Vgl. unten § 297. A.M. für das gemeine Recht Regelsberger, H.R. § 44, 4, der den Schluß aus der Hypothekfähigkeit auf die Eigenthumsfähigkeit für nicht gerechtfertigt erklärt. Allein die erstere setzt immer Anerkennung der Immobiliareigenschaft also Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf solche Rechte voraus.

[30] Bayr. L.R. II. 2, 2: „Quasi dominium geht auf unkörperliche und und verum auf körperliche Dinge." Aus Kreittmayr, Anm. b geht hervor, daß der Gesetzgeber die Anwendung des Eigenthumsbegriffs auf Rechte allgemein für zuläßig hielt. Dieß ist neuerdings in Erk. München 10/4 1878 Sammlg. VII. 82 anerkannt. In Bayr. Hyp.Ges. § 3 ist die Immobiliar-

Digitized by Google

dehnung des Eigenthumsbegriffs auf Rechte an. Nach Preußischem Landrecht ist der Eigenthumsbegriff ausgedehnt auf alle Rechte die substantiell sind und einen ausschließlichen Nutzen gewähren[32]. Nach sächsischem Recht kann Eigenthum nur an solchen Rechten angenommen werden, die sich zur Hypothekbestellung eignen[33]. Auch das französische Recht läßt Eigenthum an Rechten zu[34].

---

eigenschaft solcher Rechte anerkannt, welche mit dem Tod des Berechtigten nicht erlöschen und die selbstständig nicht bloß accessorisch dinglich sind wie Bergeigenthum, Fischereirechte, Bodenrenten, dingliche Gewerbsrechte. Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 42. Außerdem ist der Eigenthumsbegriff anerkannt für Reallasten Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 44, Grunddienstbarkeiten Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 46, die Hypothekenforderung Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 52.

[31] Oesterreich A.B.G.B. § 353: „Alles was jemand zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum." In besonderer Anwendung ist dieß A.B.G.B. § 427 für Schuldforderungen ausgesprochen. Gegen die Annahme, daß dadurch der Eigenthumsbegriff auf Rechte ausgedehnt sei, erklären sich Unger, Ö. P.R. § 61, 59 und Randa, E. § 1, 14, indem sie behaupten, daß hier der Ausdruck Eigenthum von Rechten nur im uneigentlichen Sinn gleichbedeutend mit Vermögen gebraucht sei.

[32] Pr. L.R. I. 8. 1. 2. Förster Eccius § 168, 10 f. Das Eigenthum an Rechten steht nach Preußischem Recht dem Sacheigenthum nicht vollständig gleich, und es ist daher gerechtfertigt, das letztere als Eigenthum im engeren Sinne oder eigentliches Eigenthum von dem ersteren als Eigenthum im weiteren Sinn oder uneigentlichem Eigenthum zu unterscheiden. Förster Eccius § 168, 14; Dernburg, Pr. P.R. I. § 181, 12. Gleichwohl steht das Preußische Recht nicht auf dem Standpunkte, den Unger Ö. P.R. § 61, 59 für das Oesterreichische Recht annimmt, da es für solche Rechte, die es im Eigenthum stehen läßt, die Vindikation gestattet unten § 265, 15. Zu diesen uneigentlichen Eigenthumsobjekten sind zu rechnen: der Nießbrauch Pr. L.R. I, 21. 22; die Grunddienstbarkeiten Förster Eccius § 168, 19; die Reallasten Förster Eccius § 168, 20; Gerechtigkeiten des öffentlichen Rechts Förster Eccius § 168, 21; Dingliche Gewerbsberechtigungen Förster Eccius § 168, 22; die Zwangs- und Bannrechte Förster Eccius § 168, 23; das Bergwerkseigenthum Förster Eccius § 168, 24; das Verlagsrecht Förster Eccius § 168, 25; das Hypothekenrecht Erk. O.Tr. Berlin 26/2 1866 Striethorst LXII. 164 Förster Eccius § 168, 27, der sich hinsichtlich des letzteren dagegen erklärt, nicht aber Obligationen Förster Eccius § 168, 10.

[33] Sachsen B.G.B. § 217 erkennt Eigenthum zunächst nur an Sachen an, läßt aber § 495 Hypothekbestellung an gewissen Berechtigungen zu, die dann ein Folium im Grundbuch erhalten.

[34] So an dem Verlagsrecht. Zachariä § 193 b.

Digitized by Google

IV. Inhalt. Die ältere Theorie war bemüht, den Inhalt des Eigenthums durch Aufzählung der einzelnen Bestandtheile zu specialisiren[35]. Diese Aufzählung hatte nur den Zweck, die Fälle in welchen man die dauernde Ausscheidung einzelner Befugniße, also die Möglichkeit der Spaltung des Eigenthums annahm, festzustellen und hat deßhalb für unser Recht alle Bedeutung verloren[36]. Dagegen ist die Unterscheidung des positiven und negativen Inhalts des Eigenthums von Wichtigkeit[37]. Während das positive Element dem Eigenthümer die Befugniß gewährt, über sein Eigenthum willkürlich zu verfügen[38], gewährt ihm die

---

[35] Gesterding, Eigenthum 10 f. Schmid, Handbuch § 3. Diesen Standpunkt nehmen auch unsere Gesetzgebungen ein. So unterscheidet Bayr. L.R. II. 2. 6 als Wirkungen des Eigenthums, daß der Eigenthümer die Sache mit Ausschluß aller andern nicht nur zu eignem Nutzen verwenden und gebrauchen, sondern auch veräußern, verpfänden, oneriren oder sonst nach Gutbefinden damit schalten und walten kann. Pr. L.R. I. 8. 9 unterscheidet das Recht die Sache zu besitzen, zu gebrauchen und zu begeben. Sachsen B.G.B. § 219 bis 221 bezeichnet als Inhalt das Recht der Veränderung, Verbrauchung, Vernichtung, Verfügung, Ziehung der Nutzungen und den Besitz der Sache. Oesterreich A.B.G.B. § 362 führt als Inhalt das Recht auf, frei über sein Eigenthum zu verfügen, die Sache zu benutzen oder unbenutzt zu lassen, zu vertilgen, ganz oder zum Theil auf andere zu übertragen oder unbedingt derselben sich zu begeben. Nach C. c. Art. 544 ist Eigenthum die Befugniß über Bestand und Wesen einer Sache sowie über den Genuß derselben nach Belieben zu schalten.

[36] Förster Eccius § 169, 5.

[37] Förster Eccius § 169, 6.

[38] Schmid, Handbuch § 3, 5; Windscheid § 169, 6; Kreittmayr, Anm. 2 zu Bayr. L.R. II. 2. 6; Pr. L.R. I. 8. 13; Sachsen B.G.B. § 352; Zachariä § 194, 3. § 243, 6. Der Eigenthümer ist an Dispositionen, die sich in den Schranken seines Eigenthums halten, nicht gehindert, auch wenn dadurch dem Nachbar ein bisher genossener Vortheil entzogen wird, so Graben eines Brunnens, der dem Nachbarbrunnen Wasser entzieht l. 24 § 12 l. 26 D. 39, 2; Erk. Dresden 21/1 1864 Sf. XVIII. 12; Wolfenbüttel 12/7 1870 Sf. XXVI. 107; Sachsen B.G.B. § 353; Pr. L.R. I. 8. 130; Verbauen des Lichtes l. 9 l. 14 D. 8. 2. Hesse, Rechtsverhältniß (2) § 124, 86; Burkhard, Caution 285, 7; Erk. Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273; Anlegung eines Kellers neben einem Kanal, der dadurch Wasserverlust erleidet Erk. Berlin 15/9 1871 J.M. III. 68 (Hessen); Abzug des Grundwassers durch einen Eisenbahneinschnitt Erk. München 8/10 1877 Sammlung VII. 18. Nach Erk. Wolfenbüttel 12/7 1870 XXXI. 41 und Berlin 17/12 1878 Sf. XXXIV. 306 ist dieser Gesichtspunkt für maaßgebend erklärt bei Entscheidung der Frage, ob bei Stra-

Digitized by Google

negative Seite das Recht, jede Einwirkung eines Dritten auszuschließen und daher gegen Entziehung oder Beschränkung des Eigenthums die gesetzlichen Schutzmittel geltend zu machen[39]. Die Ausübung des Eigenthums ist jedoch an sich in doppelter Weise beschränkt. Sie darf nach positiver Vorschrift nicht erfolgen, nur um einem andern zu schaden[40], und nicht in der Art geschehen, daß mit Ueberschreitung der dem Eigenthum gezogenen Grenzen das Eigenthum eines anderen beeinträchtigt wird. Dieß erscheint jedoch nicht als Eigenthumsbeschränkung sondern als natürliche Consequenz des jedem Eigenthümer zustehenden Verbietungsrechts, das ihm zugleich Beobachtung der dem Eigenthum bestimmten Grenzen zur Pflicht macht[41]. Es tritt dieß allein in dem gegenseitigen Verhältniß von Grundstücken in folgender Weise hervor:

ßenanlegung die im Verkehr beeinträchtigten Eigenthümer der Nachbargrundstücke Anspruch auf Schadensersatz geltend machen können.

[39] Darauf sind die Eigenthumsklage und die Eigenthumsfreiheitsklage gerichtet unten § 262. 263.

[40] l. 38 D. 6. 1; l. 1 § 12 l. 2 § 5. 9 D. 39. 3; l. 3 pr. D. 50. 10 vgl. Rewoldt, das Verbot der Chikane in Gruchot XXIV. 677—702. Als allgemein geltenden Rechtssatz nehmen dieß an Gesterding, Eigenthum § 3, 12; Windscheid § 121, 3; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 118; Kreittmayr, Anm. 5 c zu Bayr. L.R. II. 2. 6; Anm. c zu L.R. IV. 16, 9; Anm. k zu L.R. IV. 16. 10; Erk. München 21/6 1867 Bl. E. V. 1. 310; 23/3 1880 Bl. XLV. 232; Lübeck 28/3 1840 Sf. X. 222; Stuttgart 1/12 1874 Sf. XXXII. 204; Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273. Dagegen wollen die Geltung auf die in den Quellen erwähnten Fälle beschränken Schmid, Handbuch § 3, 35; Unger, Ö. P.R. § 68, 21; Wächter, W. P.R II. § 32, 8; Erk. Berlin 7/11 1867 Sf. XXI. 192 (Nassau); Darmstadt 24/8 1875 Sf. XXXI. 118. Allgemein erkennt den Grundsatz an Pr. L.R. I. 8. 27. 28 Förster Eccius § 169, 34. Dagegen erkennt Sachsen B.G.B. § 352 den Grundsatz nicht an. Ein Anwendungsfall der Rechtsausübung aus Chikane ist der Neidbau vgl. Beseler, P.R. § 93, 9; Stobbe, P.R. § 86, 20; Kreittmayr, Anm. 5 c zu L.R. II. 2. 6; Erk. München 23/3 1880 Sammlg. VIII. 121; Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273. Besondere Bestimmungen darüber geben München BauO. Art. 3. 27. 67; Ulm B.O. XVII; Memmingen B.O. XXI; Augsburg B.O. I. 25. II. 47 Roth, Bayr. C.R. (1) § 126, 5; Hamburg St. II. 20. 8; Erk. Lübeck 28/3 1840 Sf. X 222; Baumeister, P.R. § 21, 15.

[41] Becker, Jahrbuch V. 166; Windscheid § 169, 6; Förster Eccius § 169, 37; vgl. über die darauf bezüglichen Verhältniße: Hagemann, Praktische Erörterungen VII. 384; Spangenberg, über das Nachbarrecht A. f. C.Pr. IX. 265; Reinhard, Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht A. f. C.Pr. XXX. 216; Sarwey, Recht der Nachbarn zur Einsprache Württ. Archiv

Digitized by Google

1. Der Eigenthümer kann jede Einwirkung auf die der Oberfläche seines Grundstücks entsprechende Luftsäule zurückweisen. Einzelne Anwendungsfälle sind:

A. Bauwerke dürfen nicht über die Grenze der Oberfläche in die Luftsäule des Nachbars hinüberragen, dem gegen Zuwiderhandlung die actio negatoria zusteht [42].

B. Baumzweige [43]. Die in den Luftraum des Nachbarn überhängenden Baumzweige müssen gemeinrechtlich bei städtischen Grundstücken ganz, bei ländlichen Grundstücken bis zur Höhe von 15′ über dem Boden entfernt werden [44]. Dem Nachbar steht gegen den Baumeigenthümer die actio negatoria zu [45], oder er kann nach seiner Wahl den Nachbar zur Entfernung der Zweige auffordern und wenn dieser der Aufforderung nicht nachkommt, die Abnahme selbst vornehmen (interdictum de arboribus caedendis) [46]. Nach gemeinem Sachsenrecht darf der Eigenthümer des Nachbargrundstücks die überhängenden Zweige wegnehmen und behalten [47]. Das letztere Recht steht ihm auch nach Bayrischem

---

I. 235; Jhering, zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthums im Interesse der Nachbarn Jhering, Jahrb. VI. 92; Hesse, zur Lehre von den nachbarlichen Verhältnißen Jhering, Jahrb. VI. 378—441; Hesse, über die Negatorienklage Jhering Jahrb. VIII. 82—133; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 52—67; Burkhard, Caution 193 f.; Stobbe, P.R. 86 Nr. 7; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 62 f.; Lang, Sachenrecht § 24, 9; Mages, Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung 1871 Nr. 6; Randa, Besitz § 7 b, 66.

[42] l. 29 § 1 D. 9. 2; Jhering, Jahrb. VI. 87; Hesse, Jahrb. VI. 394; Kreittmayr, Anm. a zu Bayr. L.R. II. 8. 6; Pr. L.R. I. 8. 123 Förster Eccius § 170, 19.

[43] Vgl. Massot, überhängende Zweige und Wurzeln A. f. Pr. R.W. VIII. 281; Büttner, das Uebergangsrecht Bl. f. Thür. VIII. 173; Stobbe, D. P.R. § 85 Nr. 7; Kayser, das Preußische Ueberhangs- und Ueberfallsrecht Gruchot, XXI. 69.

[44] l. 1 § 9 l. 2 D. 43. 27; Becker, Jahrb. V. 166. 169; Schmid, Handbuch § 3, 29. 31; Windscheid § 169, 10.

[45] l. 2 D. 43. 27; Windscheid § 169, 10; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 112, 66; Erk. Wolfenbüttel 3/3 1846 Sf. XI. 115.

[46] l. 1 § 9 D. 43. 27; Windscheid § 169, 10; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 112, 67. Vgl. über die sich daran knüpfenden Streitfragen Massot in A. f. Pr. R.W. VIII. 284—286; Schmid, Handbuch § 3, 29—34; Bangerow § 297 Anm. Nr. 4.

[47] Es beruht dieß auf Ssp. II. 52 und Weichbild Art. 125; Büttner,

Digitized by Google

Landrecht und Oesterreichischem Recht zu [48]. Das Preußische Landrecht und das Recht des Sächsischen B.G.B. geben dem Nachbar das Recht der Hinwegnahme, verpflichten ihn aber zur Ablieferung des Weggenommenen [49]. Nach französischem Recht hat der Baumeigenthümer auf Aufforderung des Nachbarn die in dessen Grundbesitz hinüberragenden Zweige abzuschneiden [50].

C. Der Eigenthümer darf von seinem Eigenthumsrecht keinen solchen Gebrauch machen, daß durch die von ihm getroffenen Veranstaltungen [51] die in die Luft ausgestoßenen fremdartigen Stoffe [52]

über Ueberhangsrecht Bl. f. Thür. VII. 294; VIII. 173; Haubold, P.R. § 362 d; Curtius, Handbuch § 536; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 113, 75; Ipsen über Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857. 92; Erk. Eisenach 1860 Bl. f. Thür. VII. 297. Nichtbegründet ist die noch in Erk. Dresden 16/1 1863 vertheidigte Meinung, daß das gemeine Sachsenrecht dem Nachbar das Eigenthum der überhängenden Zweige zuschreibe (Luftrecht) s. dagegen Haubold, P.R. § 362 c; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 113, 76.

[48] Bayr. L.R. II. 8. 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 60; Oesterreich A.B.G.B. § 422 Randa, E. § 5, 16.

[49] Pr. L.R. I. 9. 287. 288; Förster Eccius § 173, 47; Dernburg, Pr. P.R. I. § 220, 13; Sachsen B.G.B. § 362; Schmidt, Vorlesungen § 68 Nr. 3.

[50] C. c. Art. 672, 2; Zachariä § 242, 1; Aubry § 197, 24. In dem Gh. hessischen Gesetz 23/1 1863 § 3 ist die gleiche Bestimmung für die seit 23. Januar 1863 gepflanzten Bäume getroffen. Massot in A. f. Pr. R.W. VIII. 281.

[51] Die aus natürlichen Verhältnißen entspringenden Mißstände z. B. Verpestung der Luft durch Versumpfung des Bodens ist der Eigenthümer zu beseitigen nicht verbunden l. 24 § 2 D. 39, 2; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 9, 66.

[52] Als solche werden angenommen Rauch, Ruß, Dampf und Staub Erk. Dresden 17/12 1843 Sf. III. 7; Lübeck 28/6 1853 Sf. XI. 114; Celle 25/10 1867 Sf. XXI. 208; Cassel 1862 Sf. XVIII. 11; Sachsen B.G.B. § 358. Auch auf Gase ist dieß auszudehnen Erk. Lübeck 25/11 1858 Sf. XV. 2; Wiesbaden 1862 Nass. A. V. 124; Berlin 18/12 1877 Sf. XXXIII. 11 (Fäkalstoffe). Unter diesem Gesichtspunkt wird in den meisten Fällen die Verbreitung übler Gerüche durch besondere Veranstaltungen als indirekte Immission erscheinen. Für das Verbietungsrecht erklären sich: Ihering, Jahrb. VI. 111. 121. 127; Windscheid § 169, 20; Erk. Wolfenbüttel 26/5 1876 Sf. XXXII. 18; Berlin 13/6 1876 F. M. VII. 113; 18/12 1877 Sf. XXXIII. 11; Celle 15/11 1873 Z. VIII. 32. Gegen Geräusch in dem Nachbargrundstücke ist ein Verbietungsrecht nicht gegeben Spangenberg, A. f. C.Pr. IX. 272; Pagenstecher, Eigenthum I. 120; Burkhard, Caution 234, 6; Förster Eccius § 169, 38; Lang, Sachenrecht § 24, 9 f.; Erk. Dresden 20/8 1857 Sf. XII. 123;

Digitized by Google

in die Luftsäule des Nachbargrundstücks sich verbreiten. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

a. Der Eigenthümer hat ein Verbietungsrecht gegen jede direkte Immission [53].

b. Der Eigenthümer hat ein Verbietungsrecht gegen indirekte Immission, nämlich dagegen, daß die in den eignen Luftraum des Nachbargrundstücks immittirten fremden Stoffe durch ihre naturgemäße Verbreitung in dem Luftraum auf die benachbarten Grundstücke eindringen [54]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß durch eine

---

Berlin 4/2 1879 Sf. XXXV. 99. Für das Verbietungsrecht erklären sich aber auch hier Ihering, Jahrb. VI. 111; Dernburg, P. P.R. I. § 220, 22 und Hofmann, A. f. Pr. R.W. I. 270; Erk. R.G. 29/3 1882 Entsch. VI. 61 (Lärm durch eine in der Nacht betriebene Dampfmaschine veranlaßt) vgl. Windscheid § 169, 20. Das französische Recht steht auf dem letzteren Standpunkte Aubry § 194, 7.

[53] l. 8 § 5. 7 D. 8. 5. Jede direkte Immission begründet die actio negatoria Burkhard, Caution 210; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 56, 31 a; Windscheid § 169, 6. Gegen die Meinung von Spangenberg, A. f. C.Pr. IX. 269, daß dieß auf die Fälle der Belästigung durch außergewöhnliche Benützung zu beschränken sei, erklärt sich mit Recht Hesse, Jahrb. f. Dogm. VIII. 114. Dieß ist auch die Auffassung unserer Praxis Erk. Celle 22/6 1837 Sf. XI. 14; Darmstadt 27/8 1859 A. f. Pr. R.W. VII. 478; 19/6 1861 Sf. XVI. 8; Rostock 16/7 1862 Budde IV. 113; Lübeck 29/10 1840 Sf. IX. 218; Wolfenbüttel 27/2 1877 Sf. XXXIV. 182; Jena 6/6 1862 Sf. XXI. 211; München 29/5 1873 Sf. XXX. 4. Den gleichen Standpunkt hat die Preußische Praxis O.Tr. Pl.B. 7/6 1852 Entsch. XXIII. 252 und das Oesterreichische Recht Randa, Besitz § 7 b, 66 b und Eigenthumsrecht § 5, 31.

[54] Dieser Gesichtspunkt wurde zuerst von Gesterding, Ausbeute III. 398. 409 aufgestellt und ist in Theorie und Praxis fast durchgängig anerkannt vgl. Ihering, Jahrb. VI. 107; Burkhard, Caution 193—250; Bangerow § 297, Anm. 2; Windscheid § 169, 7. 19. 20; Brinz, Pandekten (2) § 132, 14; Erk. Cassel 1862 Sf. XVIII. 11; Wiesbaden 1863 Nass. A. V. 111; Celle 25/10 1867 Sf. XXI. 208; München 29/5 1873 Sf. XXX. 4; 27/10 1879 Bl. XLV. 10; Wolfenbüttel 1858 Z. f. Br. V. 177; 26/5 1876 Sf. XXXII. 18; Oldenburg 14/3 1874 Sf. XXIX. 218; Jena 6/6 1862 Sf. XXI. 211; Lübeck 28/6 1853 Sf. XI. 114. In Württemberg ist dieß durch Bauordnung 6/10 1872 Art. 65 in gleicher Weise geregelt Lang, Sachenrecht § 24, 9; ebenso in Sachsen durch B.G.B. § 358. Uebereinstimmend ist die Preußische Praxis Pl. B. O.Trib. 7/6 1852 Entsch. XXIII. 252; Koch, Anm. 35 zu Pr. L.R. I. 8. 28; Förster Eccius § 169, 37; Dernburg, P. P.R. I. § 220, 18, und die des Französischen Rechts Aubry § 194, 4—7. Dagegen halten ein Verbietungsrecht bei indirekter Immission nicht für begründet, son-

Digitized by Google

besondere Veranstaltung[55] eine dauernde[56] Behinderung der benachbarten Grundstücke in der gewöhnlichen Benützungsweise[57] eingetreten sei[58]. Dem Eigenthümer steht ein Anspruch auf Beseitigung der schadenbringenden Veranstaltung zu[59], dem auch nicht entgegensteht, daß die Einrichtung landesherrlich concessionirt oder den bestehenden gewerbspolizeilichen Vorschriften entsprechend eingerichtet ist[60], oder daß die beeinträchtigte Benützungsweise erst eingetreten ist, nachdem die beschädigende Veranstaltung schon

---

dern nur einen Anspruch auf Schadensersatz mit der cautio damni infecti für gegeben Hagemann, Prakt. Erört. VII. 384; Hesse, Jahrb. f. Dogm. VI. 409; VIII. 118 und Rechtsverhältnisse (2) § 5. 42; § 57. 58; Sintenis, C.R. § 47, 31; Erk. Darmstadt 27/8 1859 und 19/6 1861 A. f. Pr. R.W. VII. 478; X. 292; Rostock 16/7 1862 Budde IV. 108. Dieß ist die Stellung der Oesterreichischen Praxis Randa, Besitz § 7b, 64 f. und Eigenthumsrecht § 5, 28 f.

[55] Gegen das Eindringen von Rauch oder anderen Stoffen, deren Erzeugung mit der Haushaltung oder gewöhnlichen Bewirthschaftung des Nachbargrundstücks zusammenhängt, ist ein Verbietungsrecht nicht gegeben Burkhard, Caution 228; Erk. Lübeck 28/6 1856 Sf. XI. 114; 25/11 1858 Sf. XV. 2; Oldenburg 14/12 1874 Sf. XXXI. 312. Vgl. unten § 240, 1.

[56] Die schadenbringende Veranstaltung muß auf einer causa perpetua beruhen l. 19 pr. D. 8. 2; Pagenstecher, Eigenthum I. 121; Förster Eccius § 169, 37. A. M. Erk. Oldenburg 14/10 1874 Sf. XXXI. 312, welches die jährlich wiederkehrende Inbetriebsetzung einer Dreschmaschine für unzulässig erklärt.

[57] Der Schutz wird nicht einer außerordentlichen, besonders gewinnbringenden Benutzungsweise gewährt Erk. Dresden 17/12 1843 Sf. III. 7; Mannheim 10/12 1860 Sf. XIV. 113; Lübeck 28/6 1856 Sf. XI. 114.

[58] Es muß eine Belästigung nachgewiesen sein, welche die gewöhnliche, von jedem Eigenthümer zu duldende überschreitet Burkhard, Caution 228; Bangerow § 297, 2; Erk. Dresden 27/12 1843 Sf. III. 7; Lübeck 28/6 1853 Sf. XI. 114; Wolfenbüttel 28/5 1878 Sf. XXXIV. 181. Daß ein positiver Schaden eingetreten sei, ist nicht erforderlich Erk. Celle 25/10 1867 Sf. XXI. 208. A. M. Pagenstecher, Eigenthum I. 120, der zerstörende Einwirkung für erforderlich hält.

[59] Es ist nicht ein Anspruch auf Einstellung des Gewerbsbetriebs sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen gegeben, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen R.Gew.O. 21/6 1869 § 26; Erk. München 20/8 1867 Bl. XXXII. 410; Wolfenbüttel 28/5 1878 Sf. XXXIV. 95. 182.

[60] Erk. Dresden 11/5 1844 Sf. III. 8; Mannheim 20/10 1857 Sf. XII. 27; München 16/4 1861 Sf. XIV. 208. Erk. Berlin 12/10 1875 Sf. XXXI. 116 ist ausgesprochen, daß die Bestimmung der R.Gew.O. 1869 der Anstellung der negatorischen Klage nicht entgegen stehe.

Digitized by Google

errichtet war [61]. Ist die Beseitigung nicht ausführbar, so hat der Eigenthümer Anspruch auf Schadloshaltung [62]. Das Rechtsmittel steht allen Eigenthümern zu, deren Grundstücke dem Einfluß der indirekten Immission ausgesetzt sind [63].

2. Der Grundeigenthümer darf keine Veranstaltungen treffen, welche das Eigenthum des Nachbarn an dem Untergrund beeinträchtigen. Anwendungsfälle sind:

a. er darf nicht in den Untergrund des Nachbarn graben [64];

b. er darf nichts in den Untergrund des Nachbarn leiten [65], und keine Veranstaltungen treffen, durch welche das in den eignen Untergrund Geleitete durch natürliche Ausbreitung in den Untergrund des Nachbarn bringt [66]. Nicht als Immission ist die Bodenerschütterung anzusehen [67].

c. Der Eigenthümer braucht sich das Uebergreifen der Wurzeln des Nachbarbaumes nicht gefallen zu lassen. Er kann gemeinrechtlich mit der actio negatoria auf Beseitigung derselben

---

[61] Erk. Lübeck 25/11 1858 Sf. XV. 2.

[62] R.Gew.O. 1869 § 26; Erk. München 24/11 1876 Sammlg. VI. 165.

[63] Erk. Lübeck 28/6 1853 Sf. XI. 114 und Dresden 28/8 1858 und 11/5 1858 Z. f. R.Pfl. VIII. 83. 431 ist ausgesprochen, daß bei indirekter Immission das unmittelbare Angrenzen der Grundstücke nicht Voraussetzung des Verbietungsrechts sei.

[64] l. 13 § 1 D. 8. 4; Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 8. 10; Erk. Rostock 20/4 1871 Sf. XXXII. 14; Pr. L.R. I. 8. 132.

[65] l. 8 § 5 D. 8. 5; Erk. Darmstadt 2/4 1856 A. f. P. R.W. IX. 118; Rostock 24/1 1870 Sf. XXVII. 7; Oldenburg 14/3 1874 Sf. XXIX. 218; Berlin 29/5 1874 Sf. XXX. 233. Dieß findet keine Anwendung auf Wasser, das sich auf dem Grundstück von selbst ansammelt Erk. Celle 2/3 1877 Sf. XXXII. 208; Wolfenbüttel 7/6 1877 Z. f. Br. XXVI. 258.

[66] Die oben Note 54 f. erörterten Grundsätze über indirekte Immission in den Luftraum finden auf indirekte Immission in den Untergrund analoge Anwendung Erk. Dresden 11/5 1844 Sf. III. 7; München 8/4 1868 Bl. E.B. II. 37; 28/4 1879 Sf. VII. 335; Lübeck 25/11 1851 Sf. XV. 2; Oldenburg 14/3 1874 Sf. XXIX. 218. Es gilt dieß namentlich auch für das Unbrauchbarmachen eines Brunnens Pr. L.R. I. 8. 129; Erk. Berlin 12/10 1875 Sf. XXXI. 116; Förster Eccius § 170, 23.

[67] Holzschuher, Theorie § 91 Nr. 12a; Förster Eccius § 169, 39; Erk. Dresden 1857 Z. f. R.Pfl. XVI. 433. Als indirekte Immission fassen sie auf: Erk. Mannheim 20/10 1857 Sf. XII. 124; Jena Sf. XXXIII. 4; Berlin 21/12 1872 Sf. XXVII. 208; 4/2 1879 Sf. XXXV. 99; Braunschweig 11/7 1877 Z. f. Br. XXV. 110; Erk. R.G. 29/3 1882 Entsch. VI. 61.

Digitized by Google

klagen[68] und es ist, wenn der Eigenthümer des Baumes säumig ist, das Interdictum de arboribus caedendis analog anwendbar[69]. Nach Preußischem Recht darf er sie selbst abschneiden, muß sie jedoch dem Eigenthümer des Baumes abliefern[70]. Nach Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht darf er sie für sich abschneiden[71].

3. Der Eigenthümer muß alle Handlungen unterlassen, welche eine direkte Einwirkung auf das Nachbargrundstück ausüben. Anwendungsfälle sind:

a. der Eigenthümer ist nicht befugt, Flüssigkeiten auf das Nachbargrundstück abzuleiten[72], oder Veranstaltungen zu treffen, in deren Folge Flüssigkeiten ständig auf das Nachbargrundstück sich verbreiten[73];

b. er darf keine Veranstaltungen treffen, in deren Folge fremde Stoffe ständig auf das Nachbargrundstück geworfen werden[74].

---

[68] l. 6 § 2 D. 47. 7; Erk. Jena 4/5 1855 Sf. X. 18; Wolfenbüttel 3/3 1846 Sf. XI. 115; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 112, 65.

[69] l. 1 Cod. 8. 1; Becker, Jahrb. f. Dogm. V. 171; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 112 Nr. 1; Erk. Dresden 16/1 1863 Sf. XVII. 7; Wolfenbüttel 3/3 1846 Sf. XI. 115.

[70] Pr. L.R. I. 9. 287. 288; Förster Eccius § 173, 47.

[71] Sachsen B.G.B. § 362; Oesterreich A.B.G.B. § 422; C. c. Art. 672. 3.

[72] Vgl. oben Note 53. Erk. Berlin 29/9 1874 Sf. XXX. 233; Sachsen B.G.B. § 357; C. c. Art. 681; Zachariä § 245; Aubry § 195.

[73] l. 19 pr. D. 8. 2; l. 17 § 2 D. 8. 5; Erk. München 21/10 1856 Bl. XXII. 85; 20/7 1857; Sf. XXXII. 15; Oldenburg 14/3 1874 Sf. XXIX. 218 (Jauche); Berlin 12/10 1875 Sf. XXXI. 116 (Brunnen); Wolfenbüttel 16/11 1847 Sf. XXI. 10; Rostock 12/1 1865 Sf. XXII. 144 (Feuchtwerden eines Hauses durch Erhöhung der Straße); 24/1 1870 Sf. XXVI. 7 (Eindringen von Jauche); München 20/7 1875 Sammlg. V. 242 (Eindringen von Wasser in Folge der Aenderung der Straße); Sachsen B.G.B. § 357.

[74] l. 8 § 5 D. 8. 5; Windscheid § 169, 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118, 85; Erk. Berlin 17/1 1877 Sf. XXXIV. 94 (Schießbahn); Kiel 10/11 1877 Anz. 77. 356 (Schießbahn). Erk. München 18/12 1876 Sf. XXXIII. 5 ist davon Anwendung für das Halten von Tauben gemacht.

Digitized by Google

Titel II.

Arten des Eigenthums.

§ 231.

I. Volles und getheiltes Eigenthum [1].

Schon die Glossatoren nahmen die Möglichkeit einer Theilung des Eigenthums seinem Inhalt nach an, indem sie in den Fällen, in welchen das römische Recht dem dinglich Berechtigten eine utilis rei vindicatio einräumte, ihm ein dem entsprechendes dominium utile (Nutzeigenthum) zuschrieben, von welchem sie das Recht des Eigenthümers als dominium directum (Obereigenthum) unterschieden. Daß diese Unterscheidung nach römischem Recht aller Begründung entbehre, ist keinem Zweifel unterworfen [2]. Dagegen ist es bestritten, ob sie nicht den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts entsprochen habe und deßhalb in unser neueres Recht aufgenommen worden sei [3]. Dieß ist in mehreren Landesrechten des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets [4], dann im Preußischen [5] und

---

[1] Vgl. Duncker, das dominium directum und utile Z. f. D. R. II. 177—212; Pagenstecher, Eigenthum I. 8 f.; Beseler, P.R. § 82; Stobbe, P.R. § 80; Förster Eccius § 167, 17, § 183; Roth, Bayr. C.R. (1) § 119. § 198; Zachariä § 198.

[2] Thibaud, Versuche II. 71 f.; Pagenstecher, Eigenthum I. 12—15; Bangerow § 302; Windscheid § 169a, 9.

[3] Dafür erklären sich Mittermair, P.R. § 156; Maurenbrecher, P.R. § 244; Beseler, P.R. § 82; dagegen Duncker, Z. f. D.R. II. 177 f.; Gerber, P.R. § 77; Stobbe, P.R. § 80.

[4] So in Bayern Bayr. L.R. II. 2. 2. IV. 7. 1. IV. 18. 1; Lehenedikt 7/7 1808 § 79, 85; Ablösungsgesetz 28/5 1852 § 17 hinsichtlich der Lehen, bäuerlichen Lehen und des Platzrechts; Fideicommißedikt § 44 hinsichtlich der Fideicommisse Roth, Bayr. C.R. (1) § 119, 3 und 7; § 198, 3 und 5. Die gleiche Stellung nimmt die Kurhessische Praxis für Lehen und Erbleihe ein. Platner, S.R. § 7, 18. Die bäuerliche Leihe gehört in beiden Rechtsgebieten dem geltenden Recht nicht mehr an.

[5] Pr. L.R. I. 8. 19. 20. In besonderer Anwendung ist dieß ausgesprochen für Lehen Pr. L.R. I. 18. 13; Familienfideicommisse Pr. L.R. II. 4. 72 und Erbzinsgüter Pr. L.R. I. 18. 683 nicht aber für Erbpacht, der nur ein dingliches Recht gewährte. Die Lehre vom getheilten Eigenthum hat für das Preußische Recht nur untergeordnete Bedeutung, da die Lehen mit Ausnahme der Thronlehen allodificirt die Erbzinsgüter in Eigenthum ver-

Digitized by Google

Oesterreichischen Recht[6] geschehen. Dagegen wird gemeinrechtlich[7] und nach Sächsischem[8] und Französischem Recht[9] das s.g. Nutzeigenthum als dingliches Recht aufgefaßt. Obwohl nach den angeführten Landesrechten die Theilung des Eigenthums seinem Inhalt nach als möglich angenommen wird, so ist dieß doch nicht dahin aufzufassen, daß die Theilung allgemein in dem Belieben des Eigenthümers liege[10], sie wird vielmehr nur für diejenigen Rechtsverhältniße angenommen, für welche dieß gesetzlich besonders anerkannt ist. Dabei wird in den erwähnten Landesrechten das Rechtsverhältniß als Miteigenthum construirt, indem dem Nutzeigenthümer das Nutzeigenthum und ein Theil der Proprietät, dem

---

wandelt sind und das Familienfideicommiß von der Preußischen Jurisprudenz neuerdings nicht mehr unter den Gesichtspunkt des getheilten Eigenthums gestellt wird Dernburg, P. P.R. I. § 182 Nr. 1. In seiner ursprünglichen Gestalt wurde nach Preußischem Recht das getheilte Eigenthum als Miteigenthum aufgefaßt Förster Eccius § 183, 6.

[6] A.B.G.B. § 337—359. 629. 1124 f. Es gehören dahin Lehen, Erbpacht und Erbzinsgüter, Bodenzinsgüter und Familienfideicommisse. Für die ersteren wird das Verhältniß als Miteigenthum aufgefaßt. Obwohl das Gesetz die Anerkennung des getheilten Eigenthums ausdrücklich ausspricht und dieß früher allgemein anerkannt war, will die Oesterreichische Jurisprudenz neuerdings dem Nutzeigenthum nur die Bedeutung eines dinglichen Rechts beilegen Unger, Ö.P.R. § 61, 73; § 67, 8; Kirchstetter, Commentar 183; Randa, Besitz § 1, 25 f. und Eigenthumsrecht § 1, 31. Für das Fideicommiß ist der Standpunkt des getheilten Eigenthums in späteren Gesetzen aufgegeben, und es sind die Rechte der Anwärter unter dem Gesichtspunkt der dinglichen Eigenthumsbeschränkung gestellt Patent 9/8 1874 Nr. 174; Randa, Besitz § 1, 28a und Eigenthumsrecht § 1, 35.

[7] Windscheid § 169a, 9; Schmid, Handbuch § 3, 6; Stobbe, P.R. § 80, 21.

[8] Sachsen B.G.B. § 226 bestimmt, daß Ueberlassung einzelner Eigenthumsbefugnisse an einen anderen nur Rechte an einer fremden Sache begründen könne.

[9] Der C. c. Art. 543 erwähnt die Unterscheidung nicht, die französische Jurisprudenz hat sie aber angenommen und wendet sie auf Superficies, Emphyteuse und Familienfideicommisse an, jedoch nur in der Bedeutung von dinglichen Rechten Zachariä § 198, 1. Das gleiche nehme ich für das Badische L.R. Art. 577aa—577ar an. Ebenso ist nach Baden L.R. Art. 577cc das Stammgut beschränktes Eigenthum.

[10] In Erk. München 4/6 1851 Bl. XVII. 29 ist zwar angenommen, daß Proprietät und Nutzung willkürlich getrennt werden könnten, indeß ist diese Auffassung wieder verworfen Erk. München 21/6 1851 Bl. XVIII. 60; Roth, Bayr. C.R. (1) § 119, 8.

Digitized by Google

Obereigenthümer der andere Theil der Proprietät zugeschrieben wird.

---

§ 232.

II. Das ungetheilte Miteigenthum [1].

An derselben Sache kann nicht gleichzeitig mehreren Rechtssubjekten das Eigenthum im ganzen zustehen, es muß, wenn mehrere Rechtssubjekte betheiligt sind, eine Theilung unter ihnen angenommen werden. Obwohl die Geltung dieses Rechtssatzes nach römischem Recht außer allem Zweifel steht [2], wird doch die gemeinrechtliche Geltung von manchen bestritten auf Grund der Annahme, daß das deutsche Recht in dem bei einzelnen Rechtsinstituten [3] sich findenden Gesammteigenthum [4] ein Rechtsverhältniß ausgebildet habe, auf welches der erwähnte Rechtssatz nicht anwendbar sei. In der Begründung dieser Behauptung herrscht jedoch keine Uebereinstimmung. Die ältere Theorie ging dahin, das Gesammteigenthum sei ein solidarisches Eigenthum mehrerer

---

[1] Vgl. Girtanner, Eigenthumsbegriff Ihering, Jahrb. III. 239; Hesse, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum A. f. Pr. R.W.* IV. 112; Hesse, Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn (2) § 97. 101; Steinlechner, juris communio 1876; Schmid, Handbuch § 2; Windscheid § 169a und § 449; Brinz, Pandekten (2) § 131; Sintenis, C.R. § 122; Stobbe, P.R. § 81. 82. 239; Göppert, Miteigenthum 1864; Plathner, Antheilsrechte bei Gruchot XXII. 583; Bornemann, System IV. 1—46; Förster Eccius § 182; Dernburg, P. P.R. I. § 222. 224; Roth, Bayr. C.R. (1) § 118; Lang, Sachenrecht § 28—31; Zachariä § 197; Aubry § 221.

[2] l. 5 § 15 D. 13. 16 duorum .... in solidum dominium vel possessionem esse non posse.

[3] In der Regel werden hieher gerechnet: Gesammtbelehnung, Stammgüter, Familienfideicommisse, Erbverbrüderung, Ganerbschaft, Markgenossenschaft, eheliche Gütergemeinschaft; andere dehnen es aus auf Deichverband, Gewerkschaft und Aktiengesellschaft.

[4] Vgl. Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft Kiel 1808; Duncker, das Gesammteigenthum 1843; Stobbe, Miteigenthum und gesammte Hand Z. f. R.G. IV. 207—248; Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1864; Gierke, Genossenschaftsrecht I. 424 f.; II. 294 f.; Eichhorn, P.R. § 168. 169; Mittermaier, P.R. § 155; Stobbe, P.R. § 81. 82. 239; Förster Eccius § 167, 22 und § 182, 2.

Digitized by Google

Rechtssubjekte an derselben Sache in der Art, daß sie jedem derselben ganz zustehe [5]. Diese im vorigen Jahrhundert unter Germanisten [6] und Romanisten [7] verbreitete Construktion ist als unhaltbar jetzt ganz aufgegeben [8], die Begründung des Rechtsverhältnißes wird von denjenigen, die an der Anerkennung desselben festhalten, vielmehr auf die besondere Beschaffenheit des Rechtssubjekts zurückgeführt, entweder, indem man annimmt, die Mehrheit der Berechtigten sei in ihrer Beziehung zur Sache als Einheit anzusehen, welcher juristische Persönlichkeit beizulegen sei [9], oder indem man dem Recht der Gesammtheit der Berechtigten, die als Einheit fingirt werden, das Recht der einzelnen selbstständig gegenüberstellt, demnach eine Theilung des Eigenthums zwischen der Gesammtheit der Betheiligten und den einzelnen Betheiligten behauptet [10]. Allein auch in dieser Beschränkung entbehrt die Aufstellung, so weit es sich um noch geltende Rechtsinstitute handelt, der Begründung [11]. Gemeinrechtlich hat sich in neuerer Zeit die

---

[5] Dieß ist die Erklärung des Begründers der Lehre J. Veracius libellus consuetudinum Bambergensium p. 67: per eam sic utriusque conjugis bona confunduntur ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit. . . . et maritus et uxor jure dicere potest: totum patrimonium meum est.

[6] S. namentlich Lange, Gütergemeinschaft 162; Scheerer, verworrene Lehre I. 97; Danz, Handbuch II. § 263.

[7] Hofacker principia II. § 909; Dabelow, Handbuch I. § 730; Glück, Commentar VIII. 79; Seuffert de reclamatione uxoria § 2 und Bl. f. R.A. XIX. 148; Gönner, Commentar zum H.G. II. 210.

[8] S. dagegen Hasse, Revision 14; Duncker, G.E. 1—11; Runde, E.R. § 65; Wächter, W. P.R. II. § 75, 6; Windscheid § 169a, 8. Diese Begründung ist jetzt allgemein aufgegeben, auch von denen, die den Bestand eines Gesammteigenthums neben dem Miteigenthum annehmen, wie Beseler, P.R. § 83 und Schüler in Ortloff Abh. I. 495.

[9] Hasse, Revision § 25; Eichhorn, P.R. § 68; Seuffert de reclamatione § 2; s. dagegen Duncker, G.E. 11—13. In Wirklichkeit würde nach dieser Auffassung der einzelne Betheiligte gar kein selbstständiges Recht haben.

[10] Beseler, E.B. I. 80 und P.R. § 83 I; Gierke, Genossenschaftsrecht II. 139; s. dagegen Stobbe, P.R. § 82, 27. Es wäre dieß als ein der Commandite ähnliches Verhältniß zu denken.

[11] Förster Eccius § 167, 29. Die Markgenossenschaften in ihrer ursprünglichen Gestaltung gehören dem geltenden Recht nicht mehr an; die an ihre Stelle getretenen Realgemeinden stehen im Verhältniß des Miteigenthums Erk. Celle 11/2 1864 Z. IV. 236, oder sie sind Corporationen Duncker, G.E.

Digitized by Google

überwiegende Meinung gegen die Annahme eines Gesammteigenthums erklärt [12], und auch in der Praxis ist die Aufstellung größtentheils verschwunden [13]. Ebensowenig ist sie in die neueren

152—195; Förster Eccius § 167, 133. Aktiengesellschaften und Gewerkschaften sind juristische Personen oben § 72, 9. 11; Stammgüter und Familienfideicommisse, Gesammtbelehnung und Erbverbrüderung kommen nur für Begründung von Successionsansprüchen in Betracht Duncker, G.E. 15. 80. 138. Die Ganerbschaft beruht auf ideellem Miteigenthum Duncker, G.E. 145. Die Unzulässigkeit der Anwendung des Begriffs des Gesammteigenthums auf die eheliche Gütergemeinschaft ist oben § 102. V. dargethan. Die Vergabung von Todeswegen gehört dem geltenden Recht nicht mehr an.

[12] Hermann doctrina de condominio germanico 1848; Duncker, Gesammteigenthum 1843; Mittermair, P.R. § 155; Maurenbrecher, P.R. § 211; Gerber, P.R. § 77; Gengler, Lehrbuch § 51 und P.R. § 38; Wächter, W. P.R. II. § 75, 6; Förster Eccius § 167, 29 und § 209, 27.

[13] Für die allgemeine Gütergemeinschaft, deren Construktion zunächst Veranlassung zur Entstehung der Theorie von dem Gesammteigenthum gegeben hat, hat sich, wie oben § 102, 24 ausgeführt, neuerdings die Praxis überwiegend dahin festgestellt, daß das Rechtsverhältniß als Miteigenthum zu ideellen Theilen aufzufassen sei. Erk. Stuttgart 7/2 1863 Sf. XVIII. 146 und XXI. 131; 21/11 1873 Sf. XXIX. 147; Darmstadt 26/10 1858 Sf. XVI. 56; 22/1 1882 Sf. XXXIX. 219; München 28/4 1856 Bl. XXI. 501; 27/1 1862 Bl. XXVII. 392; 24/10 1863 Bl. XXIX. 35. Dieß ist auch die Stellung der Preußischen Praxis. In Pl.B.O.Tr. 22/3 1847 Entsch. XIV. 52 war Miteigenthum zu ideellen Theilen an jedem Bestandtheil der gemeinschaftlichen Gütermasse angenommen und diesen Standpunkt hat noch neuerdings ein Erk. R.G. 17/10 1881 Gruchot XXVI. 972 vertreten, darauf fußend, daß nach Pr. L.R. II. 1. 653 der überlebende Ehegatte mit den Verwandten des Verstorbenen im Miteigenthum bleibe; überwiegend hat sich jedoch die Preußische Praxis für die Theorie von den s.g. latenten Antheilen erklärt, unten Note 14, so daß man dieß als die constante Judikatur bezeichnen kann. Auch das R.G. hat sich in den nach Preußischem Recht zu beurtheilenden Fällen dieser Praxis angeschlossen. Hievon macht auch das Erk. R.G. 24/3 1880 Sammlung I. 140 keine Ausnahme. Dieses Erkenntniß hat eine von der eben erwähnten des Obertribunals abweichende Construktion gar nicht beabsichtigt, da es sich in den Entscheidungsgründen für die Aufstellung, daß während der Ehe von bestimmt zu sondernden Antheilen der Eheleute nicht die Rede sein könne, diese vielmehr erst mit Auflösung der Ehe hervortreten, auf die „constante Judikatur" beruft und namentlich hervorhebt, daß „auf denselben Erwägungen die Entsch. O.Tr. 21/6 1875 Entsch. LXXV. 257 insbesondere S. 265 beruhe", in welchem Erkenntniß die Bornemannische Theorie von den latenten Antheilen besonders bestimmt zum Ausdruck gelangt ist. Das R.G. hat sich demnach auch hier der Bornemannischen Theorie angeschlossen. Die auf dieses Erkenntniß begründete Behauptung von Stobbe, P.R. § 239 12 und

Digitized by Google

Landesrechte übergegangen, diese stehen vielmehr auf dem Standpunkt des Miteigenthums [14]. Für dieses gelten, soweit nicht bei einzelnen Rechtsinstituten die für diese geltenden besonderen Normen Modifikationen veranlassen [15], folgende Grundsätze:

30, daß sich in neuster Zeit die Praxis von der Annahme eines Miteigenthums zu ideellen Antheilen für die allgemeine Gütergemeinschaft des Preußischen Landrechts abwende, entbehrt also durchaus der Begründung und ist namentlich für die reichsgerichtliche Praxis nicht zutreffend, um so mehr, als in zwei späteren Erkenntnissen des Reichsgerichts Strafsenat 12/4 1881 Sammlung IV. 31 und Erk. in Civilsachen 5/6 1882 Gruchot XXVI. 1004 für die Gütergemeinschaft des Preußischen Rechts, Miteigenthum zu latenten Antheilen und Erk. 17/10 1881 Gruchot XXVI. 972 gewöhnliches Miteigenthum zu ideellen Antheilen angenommen wurde.

[14] Ohne Grund wurde früher das Bayrische zu den Gesetzbüchern gerechnet, welche das Gesammteigenthum anerkennen; Kreittmayr Anm. 1 g zu L.R. II. 2. 16 hat sich vielmehr bestimmt dagegen ausgesprochen, unten Note 16. Die Bestimmung Pr. L.R. I. 8. 14 und 15 und I. 17. 1 wurde früher vielfältig als ein Gesammteigenthum begründend angesehen, s. die bei Förster Eccius § 182, 3. 7 und Göppert, Miteigenthum 1. 2. Angeführten und J.M. Reskr. 13/4 1833; diese Ansicht wurde früher auch in der Praxis vielfach getheilt; neuerdings ist jedoch in der Preußischen Theorie und Praxis anerkannt, daß den Bestimmungen des Preußischen Landrechts über gemeinschaftliches Eigenthum das Princip des Miteigenthums zu ideellen Theilen zu Grund liege Göppert, Miteigenthum 1—40, Bornemann, System IV. 1 folg., Förster, Pr. P.R. § 182, 8, Förster Eccius § 182, 8 und zwar bei ehelicher Gütergemeinschaft nach latenten Antheilen, die während der Ehe nicht in rechtliche Erscheinung treten, Bornemann, System V. 119, Förster, Pr. P.R. § 209 nach Note 31, Förster Eccius § 209, 27. Dieser Auffassung hat sich neuerdings die Preußische Praxis überwiegend angeschlossen Erk. Berlin 6/1 1867 Entsch. LVII. 67; 9/7 1869 Entsch. LXII. 24; 27/3 1874 Striethorst 91. 200; 21/6 1875 Entsch. LXXV. 265; ebenso das Reichsgericht für das Preußische Recht Erk. R.G. 24/3 1880 Sammlung I. 140 oben Note 13; 5/6 1882 Gruchot XXVI. 104; Entsch. R.G. in Strafsachen 12/4 1881 Sammlung IV. 31. Dem Sächsischen Recht ist nur Miteigenthum zu ideellen Theilen bekannt B.G.B. § 225, ebenso dem Oesterreichischen Recht A.B.G.B. § 361, Randa E. § 9, 13. Die französische Jurisprudenz nimmt ein Gesammteigenthum nur im Erbrecht an Zachariä § 197, 3 und auch hier nicht unwidersprochen, Puchelt zu Zachariä § 589, 4; Aubry § 609, 25.

[15] Für einzelne Rechtsinstitute sind entsprechend der besonderen Beschaffenheit derselben die in der nachfolgenden Darstellung aufgeführten Grundsätze vielfach modificirt. Es gilt dieß namentlich für die eheliche Gütergemeinschaft, die offene Handelsgesellschaft, die Rhederei und nach Preußischem Recht für die Erbengemeinschaft. Die nachfolgende Darstellung giebt die für

Digitized by Google

I. Begriff. Miteigenthum ist vorhanden, wenn das Eigenthum einer Sache mehreren Rechtssubjekten nach ideellen Theilen zusteht [16]. Als getheilt gedacht ist dabei nicht der Rechtsinhalt

das Miteigenthum geltenden allgemeinen Regeln ohne Berücksichtigung der für einzelne Rechtsinstitute bestehenden Modifikationen, welche bei diesen ihre Darstellung finden werden.

[16] l. 5 D. 45. 3. Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore. Kreittmayr, Anm. 1g zu Bayr. L.R. II. 2. 16: Das Condominium muß mit der Correalität so wenig als mit dem s.g. dominir in solidum vermischt werden, ... sofern man unter dem letzteren ein solches dominium versteht, welches einem jeden aus mehr dominis vollkommen und illimitate zusteht, denn dieses ist so wenig als possessio in solidum möglich. Pr. L.R. 1. 8. 14. 15: Wenn das volle Eigenthum über eine Sache mehreren Personen zukommt, so ist ein gemeinschaftliches Eigenthum vorhanden. Die Personen, welche ein solches gemeinschaftliches Eigenthum haben, werden Miteigenthümer genannt. Pr. L.R. I. 17. 1: Gemeinschaftliches Eigenthum ist alsdann vorhanden, wenn dasselbe Eigenthumsrecht über eine Sache oder ein Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt. Sachsen B.G.B. § 225: Das Eigenthum an einer Sache kann zu gleicher Zeit mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen zustehen. Oesterreich A.B.G.B. § 316: Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Bezug auf das Ganze werden die Miteigenthümer als eine einzige Person angesehen, insoweit ihnen aber gewisse obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles. Oesterreich Gr. B.G. 25/7 1871 § 10: Das Miteigenthum an der zu einem Grundbuchkörper gehörigen Liegenschaft kann insoferne nicht besondere Vorschriften eine Ausnahme zulassen, nur nach im Verhältniß znm Ganzen bestimmten Antheilen z. B. zur Hälfte eingetragen werden. Diese Bestimmungen unserer Landesrechte stimmen, wie oben Note 14 ausgeführt, mit der neuen Theorie und Praxis darin überein, daß sie im Gegensatz zum Gesammteigenthum nur Miteigenthum gelten lassen. Für dieses aber ist Theilung nach ideellen Theilen von selbst gegeben. Mit Recht sagt Randa, E. § 9, 2: Die Antheile der Einzelnen mögen verschwindend klein, keinem der Genossen ziffermäßig bekannt und deren Realisirung oder Verwerthung erst bei Auflösung möglich sein, unabweisbar macht sich der Satz geltend: concursu partes fiunt und diese können doch nur als certae gedacht werden. Abweichend davon nimmt Stobbe, P.R. § 82 und § 239 unter Verwerfung des Begriffs des Gesammteigenthums an, daß bei einzelnen Rechtsinstituten (eheliche Gütergemeinschaft, offene Handelsgesellschaft, Vereine ohne juristische Persönlichkeit, Mitrhederei, Markgenossenschaft, Gewerkschaft) ein dem älteren deutschen Recht entstammendes Miteigenthum ohne intellektuelle Quotentheilung anzunehmen sei. Er charakterisirt § 82 nach Note 28 das Verhältniß dahin: die Sache steht im Eigenthum mehrerer

Digitized by Google

des Eigenthums [17], sondern der Werth der Sache [18]. Wesentlich ist dabei, daß die Miteigenthümer hinsichtlich des Gegenstandes als Ganzes als Einheit erscheinen und demnach nur vereint handeln können [19], während der Antheil des einzelnen am Werth sein

Personen, jede von ihnen ist nur antheilsweise berechtigt, aber es gehört keiner ein fest bestimmter Antheil, sondern es ergiebt sich die Höhe desselben, die Größe seines Eigenthums erst bei Auflösung der Gemeinschaft." Diese Aufstellung ist nicht richtig in allen den Fällen, in welchen während der Dauer der Gemeinschaft Erträgnisse unter den Theilnehmern zu vertheilen sind, da hier Feststellung der Antheile nothwendig vorausgesetzt wird. Dieß ist bei allen oben aufgeführten Rechtsinstituten der Fall oder doch möglich, mit alleiniger Ausnahme der ehelichen Gütergemeinschaft, bei welcher eine Vertheilung der Erträgniße nicht vorkommen kann, da diese selbst gemeinsam werden. Aber auch bei dieser ist die Construktion unanwendbar und wie oben Note 13. 14 gezeigt, in Theorie und Praxis neuerdings verworfen. Ich kann, was ich hier nicht weiter begründen kann, die Construktion von Stobbe auch für das ältere deutsche Recht nicht als berechtigt anerkennen. Selbst aber, wenn dieß der Fall wäre, wäre kein Grund gegeben, sie für ein Rechtsinstitut der Gegenwart als anwendbar zu erachten. Mit Recht bemerkt Förster Eccius § 167, 29: Wenn Stobbe hervorhebt, daß der Rechtshistoriker diese Besonderheiten, die Stobbe selbst doch als unklare Formen ansieht, anerkennen müße, so kann ihm dieß wohl zugegeben werden, aber es folgt daraus nicht, daß der Rechtsdogmatiker, dem es obliegt, die Rechtsinstitute juristisch zu construiren, die Unklarheit beibehalten und so zu sagen conserviren muß.

[17] Dieß ist die Ansicht von Sintenis, C.R. § 122, 2; Arndts § 53, 5; Unger, Ö. P.R. § 51, 27; Dernburg, P. P.R. I. § 222, 2; Randa, Besitz § 17, 15 und Eigenthumsrecht § 9, 7; vgl. auch Erk. Lübeck 2/7 1858 Sf. XXXIV. 98. Es wird dieß näher dahin festgestellt, daß die im Recht enthaltenen Befugnisse und das Dispositionsrecht sowie die Ausübung beider getheilt sind. Andere formuliren dieß dahin, es sei die Sache selbst als getheilt gedacht Gesterding, Eigenthum § 9, 5, Schmid, Handbuch § 2, 3, womit aber nichts anderes als der eben ausgesprochene Satz gemeint ist.

[18] Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. 243; Windscheid § 142, 4 und § 169a, 5; Förster Eccius § 182, 3b; Steinlechner, juris communio I. § 10 und 21 f. Sachlich unterscheidet sich diese Construktion nicht von der Note 17 aufgeführten, sie hat aber den Vortheil, daß sie auch die Fälle deckt, in welchen dem Miteigenthümer eine einseitige Verfügung über den intellektuellen Antheil nicht zusteht. Der Werthantheil tritt hier erst mit Auflösung der Gemeinschaft hervor, vgl. unten Note 79. 80.

[19] l. 4 § 7 D. 10. 1. Erk. München 28/12 1872 Sammlg. II. 139. Dieß wird besonders betont Bayr. L.R. II. 2. 16: Wenn eine Sache mehrere Herrn hat, werden sie zwar sämmtlich für einen Mann gerechnet und Oesterreich A.B.G.B. § 361: In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer als eine einzige Person angesehen; Pr. L.R. I. 8. 18: Wenn es auf

Digitized by Google

selbstständiges Eigenthum ist [20]. Im Princip stimmen darin unsere Landesrechte mit dem gemeinen Recht überein und unterscheiden sich nur darin, daß während nach gemeinem Recht bei Verfügungen über die Sache als Ganzes Einstimmigkeit der Miteigenthümer vorausgesetzt wird [21], das Sächsische, Preußische und Oesterreichische Recht für gewisse Verhältniße die Majorität der Stimmen entscheiden läßt [22].

Verfügungen über das reelle Eigenthum der Sache ankommt, so werden die mehreren Eigenthümer eines jeden einzelnen darunter begriffenen Rechtes nur als eine Person betrachtet.

[20] Schmid, Handbuch § 2, 8 f. und 43 f.; Pagenstecher, Eigenthum I. 25; Brinz, Pandekten (2) § 131, 2 und 17. Damit stimmen auch unsere Landesrechte überein Bayr. L.R. II. 2. 16. IV. 13. 3; Pr. L.R. I. 17. 10. 50; Sachsen B.G.B. § 329. 330; Oesterreich A.B.G.B. § 361. Der C. c. hat keine allgemeinen Bestimmungen über das Miteigenthum aufgestellt, sondern nur die Theilung geregelt, für welche die Bestimmungen über die Erbtheilung als analog anwendbar erklärt sind C. c. Art. 1688. Die französische Jurisprudenz hat daher die Lehre vom Miteigenthum selbstständig auszubilden gehabt, wobei sie in der Hauptsache den Standpunkt des gemeinen Rechts einnimmt Zachariä § 597, 4; Aubry § 221, 3. Besondere an das gemeine Recht sich anlehnende Bestimmungen gibt Baden L.R. Art. 577 ba—577 bg.

[21] Gemeinrechtlich ist eine Entscheidung durch Majorität der Betheiligten nicht gegeben, vielmehr kann jeder Miteigenthümer durch seinen Widerspruch einseitige Handlungen eines Miteigenthümers hindern, die sich auf die Sache als Ganzes beziehen l. 28 D. 10. 3; Windscheid § 169a, 3. Damit stimmt Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 5, Baden L.R. Art. 577 bd und das französische Recht überein Zachariä § 197, 11b; Aubry § 221, 8.

[22] Nach Sachsen B.G.B. § 331 ist Entscheidung durch Stimmenmehrheit nach der Größe der Antheile nur bei Meinungsverschiedenheit über die Ausführung der über die Art der Verwaltung und Benützung getroffenen Bestimmungen gegeben unten Note 34. Nach Preußischem Landrecht entscheidet bei Verfügungen über die gemeinsame Sache und bei Bestimmung ihrer Verwaltung und Benützung die Stimmenmehrheit Pr. L.R. I. 17. 12. Diese wird nach der Größe der Antheile bemessen, außer bei persönlichen Gerechtsamen, bei welchen die Kopfzahl entscheidet Pr. L.R. I. 17. 21. 22. Bei Stimmengleichheit tritt schiedsrichterliche oder richterliche Bestimmung ein Pr. L.R. I. 17. 23. 24. Stimmenmehrheit ist allein entscheidend für Veranstaltungen zur Erhaltung der Sache und für die Ausführung bereits beschlossener Veränderungen Pr. L.R. I. 17. 19. 20 unten Note 36. In den anderen Fällen kann die Minderheit, wenn sie sich dem Majoritätsbeschluß nicht unterwerfen will, Aufhebung der Gemeinschaft, und wenn diese zur Zeit nicht ausführbar ist, richterliche Entscheidung fordern, welche entweder Aufhebung des Beschlusses verfügen oder die Zustimmung der Widersprechenden ergänzen

Digitized by Google

II. Entstehung. Das Miteigenthum entsteht entweder durch Vertrag oder in Folge eines nicht vertragsmäßigen Rechtsverhältnißes, als dessen Consequenz es erscheint (communio incidens)[23]. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem Recht spricht bis zum Beweis des Gegentheils bei Scheidemauern die Präsumtion dafür, daß sie in ungetheiltem Miteigenthum der Nachbarn stehen[24]. Der gleiche Grundsatz gilt allgemein für andere Scheidungen[25].

III. Rechtsverhältniß während des Bestehens der Gemeinschaft.

1. Ausübung des Miteigenthums.

a. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht ist der Besitz gemeinsam. Die Miteigenthümer dürfen Besitzhandlungen nur gemeinsam vornehmen und haben gegen einander Besitzschutz anzusprechen[26]. Nach Preußischem Recht ist die Gewahrsam eine gemeinsame; wenn dieß nicht möglich ist, hat der höchst betheiligte Anspruch darauf oder derjenige der die größte Sicherheit bietet, eventuell der durch das

---

kann Pr. L.R. I. 17, 13—18, unten Note 37—39. Nach Oesterreichischem Recht entscheidet in Angelegenheiten, die nur die ordentliche Verwaltung und Benützung betreffen, die nach dem Verhältniß der Antheile zu bestimmende Stimmenmehrheit unten Note 35. Wenn wichtige Veränderungen in Frage kommen, kann die Minderheit Sicherstellung verlangen und, wenn diese verweigert wird, austreten unten Note 49. Ich stimme Förster Eccius § 182, 18 und Randa, E. § 9, 17 darin bei, daß darin nicht ein Aufgeben der gemeinrechtlichen Grundlage zu sehen sei, daß vielmehr das dem gemeinen Recht allerdings widersprechende Majoritätsprincip nur aus äußeren Nützlichkeitsgründen in einzelnen Fällen Anerkennung gefunden hat.

[23] l. 2 pr. D. 10. 3; Schmid, Handbuch § 2, 6; Bayr. L.R. IV. 8. 6; IV. 13. 3; Pr. L.R. I. 17. 6—9; Sachsen B.G.B. § 1359. 1392; Oesterreich A.B.G.B. § 825.

[24] Dieß ist jetzt die gemeine Meinung Ruete, Rechtsverhältnisse gemeinschaftlicher Mauern § 1; Elvers, Servituten 423; Hesse, Rechtsverhältnisse § 111, 36; Kreittmayr, Anm. 3 zu Bayr. L.R. II. 2. 16; Bayrische Statuten bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 78; Lang, Sachenrecht § 29, 4. 5; Sachsen B.G.B. § 366. Das Preußische und Oesterreichische Recht nehmen bei gemeinschaftlichen Mauern getheiltes Miteigenthum an unten § 233, 6.

[25] Es gilt dieß namentlich von Gräben Erk. Glückstadt 24/9 1838 Anz. 40. 250; Hesse, Rechtsverhältnisse § 111, 52; Rainen Erk. Dresden Z. f. R.Pfl. XIII. 277; Pr. L.R. I. 8. 118. 119; Winkeln Stölzel, die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln A. f. Pr. R.W. IV. 3; Pr. L.R. I. 8. 120—122.

[26] Vgl. oben § 226, 12. 13.

Digitized by Google

Loos Bestimmte. Verfügungen über den Besitz der gemeinsamen Sache können die Miteigenthümer nur gemeinsam treffen. Sie haben die gesetzlichen Schutzmittel gegen einander anzusprechen [27].

b. Verwaltung und Benützung. Jedem Miteigenthümer steht ein Anspruch auf Gebrauch der Sache und Beziehung der Nutzungen nach Verhältniß seines Antheils zu [28]. Gemeinrechtlich kann jeder Miteigenthümer mit der Gemeinheitstheilungsklage Feststellung der Art der Benützung verlangen [29]. Soweit eine Bestimmung nicht getroffen ist, hat jeder Miteigenthümer Anspruch auf bestimmungsmäßigen Gebrauch der Sache, durch welchen die Rechte der anderen Miteigenthümer nicht beeinträchtigt werden [30]. Ge-

---

[27] Vgl. oben § 226, 14—18.

[28] l. 6 § 2 D. 10. 3; Schmid, Handbuch § 2, 33; Sachsen B.G.B. § 334; Pr. L.R. I. 17. 44; Oesterreich A.B.G.B. § 839. In Ermanglung anderer Anhaltspunkte gilt nach Pr. L.R. I. 17. 2 Sachsen B.G.B. § 328 und Oesterreich A.B.G.B. § 839 Gleichheit der Antheile.

[29] l. 12 l. 23 D. 10. 3; Windscheid § 169a, 4 Nr. 1; § 449, 4; Lang, Sachenrecht § 30, 3; Erk. Lübeck 19/7 1877 Sf. XXXIV. 99; Wiesbaden 27/7 1850 Sf. XIII. 24; Berlin 28/10 1867 Sf. XXI. 101 (Hessen). Dieß gilt auch nach Französischem Recht Zachariä § 197, 13.

[30] l. 13 § 1 l. 19 § 1. 2 D. 8. 2; § 9 Inst. 2. 1. Schmid, Handbuch § 2, 34 f. will dieß nur dann für zulässig halten, wenn der Gebrauch der Sache theilbar sei indem er behauptet, daß die Bestimmungen über gemeinschaftliche Mauern und Begräbnißplätze singuläre Vorschriften seien. Allein die letztere Annahme entbehrt der Begründung, und es ist die Befugniß des Gebrauchs in der oben angegebenen Beschränkung anzuerkennen Gesterding, Eigenthum § 9, 38—40; Girtanner, Jahrb. III. 248; Hesse, Miteigenthum A. f. Pr. R.W. IV. 132; Windscheid § 169a, 4 Nr. 2 und § 449, 4; Bayr. L.R. IV. 13. 3 und Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16; Lang, Sachenrecht § 30, 2; Aubry § 221, 13. Dieß ist auch in unserer Praxis anerkannt Erk. Lübeck 30/5 1843 Sf. VIII. 345; 19/7 1877 Sf. XXXIV. 99; Stuttgart 21/3 1870 Sf. XXIV. 300 (Gemeinsame Einfahrt); München 2/11 1874 Sammlg. V. 25 und in Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 4 und Sachsen B.G.B. § 334 unten Note 34 ausdrücklich ausgesprochen. Es wird dabei vorausgesetzt, daß der unmittelbare Gebrauch der Sache durch jeden der Miteigenthümer nach der natürlichen Beschaffenheit derselben möglich sei, und der von den Miteigenthümern gemachte Gebrauch der Bestimmung der Sache entspreche § 9 Inst. 2. 1; Gesterding, Eigenthum § 9, 39; Hesse, Miteigenthum A. f. Pr. R.W. IV. 131 und Rechtsverhältnisse § 101, 48. Unzulässig ist eine Benutzung, welche das Benutzungsrecht der andern Miteigenthümer ausschließt Erk. Darmstadt 2/9 1862 Sf. XVI. 193; 22/9 1868 Sf. XXII. 216; Randa, E. § 9, 30.

Digitized by Google

meinrechtlich ist die Verwaltung gemeinsam und es kann kein Miteigenthümer ohne Zustimmung der übrigen Verwaltungshandlungen vornehmen [31]. Eine Ausnahme ist nur begründet, für nothwendige Reparaturen, welche jeder Miteigenthümer, auch wenn die Anderen widersprechen, einseitig vornehmen darf [32]. Die Miteigenthümer können Bestimmungen über die Art der Verwaltung nur gemeinsam treffen [33]. Nach Sächsischem Recht steht der Gebrauch der Sache jedem Miteigenthümer frei, wenn derselbe ohne Beeinträchtigung der übrigen Miteigenthümer stattfinden kann. Soweit dieß nicht der Fall ist, wird die Art der Verwaltung und Benützung durch Einverständniß der Miteigenthümer festgesetzt, und nur wenn über die Ausführung Meinungsverschiedenheit vorhanden ist, entscheidet Stimmenmehrheit nach der Größe der Antheile und bei Stimmengleichheit ein Obmann. Jedoch kann zur Erhaltung der Sache jeder Miteigenthümer die erforderlichen Maaßregeln einseitig treffen [34]. Nach Oesterreichischem Recht entscheidet in Angelegenheiten, welche die ordentliche Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache betreffen, die Mehrheit der nach Verhältniß der Antheile zu bemessenden Stimmen; dasselbe gilt für die Wahl des Verwalters. Bei Stimmengleichheit entscheidet der Richter [35]. Nach Preußischem Recht entscheidet über die Art der Verwaltung und Benützung der gemeinsamen Sache die Stimmenmehrheit [36]. Diese ist allein entscheidend für Veranstaltungen zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache [37] und die Ausführung beschlossener Veränderungen [38]; in den anderen Fäl-

[31] Gesterding, Eigenthum § 9, 12; Schmid, Handbuch § 2, 7; Randa, E. R. § 9, 10. Der gleiche Grundsatz gilt nach Baden L.R. Art 577 b b und ist nach Französischem Recht anzunehmen Aubry § 221 Nr. 2.

[32] l. 32. 35—37 D. 39. 3; l. 52 § 10 D. 17. 2; l. 4 Cod. 8. 10. Schmid, Handbuch § 2, 17; Windscheid § 169 a, 4 Nr. 4; Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16; Lang, Sachenrecht § 30, 7; Baden, L.R. Art. 577 b b; Der C. c. hat diese Ausnahme nicht anerkannt Zachariä § 197, 12.

[33] Dieß gilt namentlich von der Verpachtung, die von den Miteigenthümern nur gemeinsam verfügt werden darf Gesterding, Eigenthum § 9, 37; Schmid, Handbuch § 2, 30—32; Zachariä § 197, 14; Aubry § 364, 7.

[34] Sachsen B.G.B. § 331. 334.

[35] Oesterreich A.B.G.B. § 833. 836; Randa, E. § 9, 24.

[36] Pr. L.R. I. 17. 12.

[37] Pr. L.R. I. 17. 19.

[38] Pr. L.R. I. 17. 20. Es gilt dieß namentlich von der Entscheidung,

Digitized by Google

len kann die Minderheit Aufhebung der Gemeinschaft verlangen [39].

c. Veränderungen. Gemeinrechtlich und nach französischem Recht darf der Miteigenthümer einseitig keine Veränderungen vornehmen [40], auch dann nicht, wenn die Veränderung der gemeinsamen Sache zum Vortheil gereicht [41]. Jeder der Miteigenthümer hat das Recht, die Veränderung durch sein Verbot zu verhindern [42]. Der Veranstalter der einseitigen Veränderung ist zum Schadensersatz verpflichtet und hat die Sache wieder in den vorigen Stand zu bringen [43], ist jedoch von der letzteren Verpflichtung befreit, wenn die anderen Miteigenthümer von dem Recht des Verbotes, zu dessen Ausübung sie Gelegenheit hatten, keinen Gebrauch gemacht haben [44], und wenn die anderen Miteigenthümer an der Wiederherstellung des früheren Zustandes kein Interesse haben [45]. Nach Preußischem Recht können Aenderungen an der Substanz der Sache nur gemeinsam getroffen werden, wobei, wenn

ob eine Sache, die nach Einverständniß der Miteigenthümer oder entscheidender Stimmenmehrheit der gemeinschaftlichen Verwaltung entzogen wird, verpachtet oder administrirt werden soll Pr. L.R. I. 17. 37 und von der Wahl eines Administrators Pr. L.R. I. 17. 40.

[39] Vgl. oben Note 22.

[40] l. 28 D. 10. 3; so Aufführung eines Gebäudes l. 27 § 1 D. 8. 2; Niederreißen einer Mauer l. 8 D. 8. 2; Durchbrechen einer Mauer l. 40 D. 8. 2; Schmid, Handbuch § 2, 10; Lang, Sachenrecht § 30, 4. Das Französische Recht stimmt mit dem gemeinen Recht überein Zachariä § 197, 11 b; Aubry § 221, 8. Dem Miteigenthümer stehen gegen einseitige Handlungen anderer Miteigenthümer die Besitzklagen zu Erk. München 22/6 1871 Sf. XXXII. 16 vgl. oben § 226, 13.

[41] Gesterding, Eigenthum § 9, 29; Schmid, Handbuch § 2, 23; C. c. Art. 1859 Nr. 4. Dagegen gestattet Baden L.R. Art. 577 bc die einseitige Handlung, wenn bei vorheriger Vernehmung der anderen Miteigenthümer ein gemeinschaftlicher Vortheil vorbeigelassen werden müßte.

[42] l. 28 D. 10. 3; Schmid, Handbuch § 2, 14; Lang, Sachenrecht § 30, 4. Es steht ihm die actio communi dividundo und das Interdictum uti possidetis und quod vi aut clam zu Erk. München 22/6 1871 Sammlg. I. 57 Sf. XXXII. 16.

[43] l. 28 D. 10. 3; Schmid, Handbuch § 2, 14.

[44] l. 28 D. 10. 3; Schmid, Handbuch § 2, 15; Windscheid § 169a, 4 Nr. 3; Lang, Sachenrecht § 30, 5; Erk. München 18/4 1854 Sf. VII. 285; 22/6 1871 Sf. XXXII. 16; Berlin 12/5 1877 Sf. XXXIV. 9 (Schleswig); Darmstadt 30/6 1865 A. f. Pr. R.W. III. 70; Zachariä § 197, 12.

[45] l. 26 D. 8. 2; Schmid, Handbuch § 2, 16; Windscheid § 169a, 4 Nr. 3; Lang, Sachenrecht § 30, 6.

Digitized by Google

nicht Einstimmigkeit vorliegt, die Majorität entscheidet, die Minderheit jedoch die Theilungsklage stellen darf[46]. Für einseitig ohne Auftrag oder wider den Willen der übrigen Miteigenthümer vorgenommene Veränderungen haftet der Miteigenthümer wie ein Fremder[47]. Nach Sächsischem Recht sind einseitige Aenderungen den einzelnen Miteigenthümern nur gestattet, insoweit sie als Geschäftsführung ohne Auftrag zu Recht bestehen[48]. Nach Oesterreichischem Recht entscheidet bei wichtigen Veränderungen, welche zur Erhaltung oder besseren Benutzung der Sache vorgeschlagen werden, zwar auch die Mehrheit der nach Verhältniß der Antheile zu zählenden Stimmen, die Ueberstimmten können jedoch Sicherstellung für künftigen Schaden, oder wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen. Wollen sie nicht austreten, oder geschähe der Austritt zur Unzeit, oder liegt Stimmengleichheit vor, so soll das Loos, ein Schiedsmann, oder sofern sie sich darüber nicht einhellig vereinigen, der Richter entscheiden, ob die Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung stattfinden soll oder nicht[49].

2. Veräußerung. Hier ist zu unterscheiden:

a. Zu einer Verfügung über die gemeinschaftliche Sache im Ganzen ist Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer erforderlich[50]; der einzelne Miteigenthümer kann daher die Sache ohne Zustimmung der übrigen weder veräußern[51] noch im Ganzen verpfänden[52], noch eine dingliche Last darauf legen[53]. Nach Preußischem Recht entscheidet die Majorität[54].

---

[46] Pr. L.R. I. 17. 10. 12; vgl. oben Note 22.

[47] Pr. L.R. I. 17. 59; Förster Eccius § 182, 59.

[48] Sachsen B.G.B. § 333.

[49] Oesterreich A.B.G.B. § 834. 835.

[50] l. 28 D. 10. 3; Gesterding, Eigenthum § 9, 13; Schmid, Handbuch § 2, 7; Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 330; Oesterreich A.B.G.B. § 828.

[51] Gemeinrechtlich ist die Veräußerung für den Theil des Veräußernden giltig, die anderen Miteigenthümer können aber vindiciren l. 1 Cod. 4. 52; Gesterding, Eigenthum § 9, 45; Schmid, Handbuch § 2, 45. Eine Ausnahme bestimmt l. un. Cod. 10. 4 bei Veräußerungen des Fiskus Gesterding, Eigenthum § 9, 46; Schmid, Handbuch § 2, 45. Indeß dürfte die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung zu bezweifeln sein Roth, Bayr. C.R. (2) § 36, 19. In Württemberg ist sie durch Ges. 1/3 1873 beseitigt Lang, Sachenrecht § 30, 14.

[52] Es ergibt sich dieß aus dem unten Note 58 Angeführten.

[53] S. bezüglich der Servituten unten § 268, 11.

[54] Pr. L.R. I. 17. 12; vgl. oben Note 22.

Digitized by Google

b. Dagegen steht dem Miteigenthümer, soweit nicht die Theilung ausgeschlossen ist[55], die freie Verfügung über seinen Antheil zu[56]. Namentlich darf er denselben veräußern[57], verpfänden[58] und mit einem Nießbrauch[59] aber nicht mit einer Prädial-Servitut[60] oder einer Reallast[61] beschweren. Insofern der Miteigenthümer seinen Antheil veräußern darf, kann derselbe auch von seinen Gläubigern zum Zwangsverkauf gebracht werden[62]. Der Miteigenthümer kann seinen Antheil derelinquiren, der aber dann den übrigen Miteigenthümern zufällt[63].

---

[55] Vgl. unten Note 79. 80. Wo die Theilung auf einseitigen Antrag ausgeschlossen ist, ist die Verfügung über den ideellen Antheil vor geschehener Abtheilung unzulässig. Nach Preußischem Landrecht findet bei Gesellschaftsvermögen Verfügung des einzelnen über seinen Antheil nicht statt Pr. L.R. I. 17. 68; Förster Eccius § 182, 66.

[56] Windscheid § 169a, 7; Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 6; Pr. L.R. I. 17. 60; Sachsen B.G.B. § 329; Oesterreich A.B.G.B. § 829; Zachariä § 197, 5.

[57] l. 1. 3. 4 Cod. 4. 52; Gesterding, Eigenthum § 9, 41; Schmid, Handbuch § 2, 44; Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 6; Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16; Pr. L.R. I. 17. 60—68; Förster Eccius § 182, 64; Sachsen B.G.B. § 329; Oesterreich A.B.G.B. § 829; Baden L.R. Art. 577 b f.; Zachariä § 197, 6; Aubry § 221, 4. Nach Preußischem, Bayrischem und Sachsen-Coburgischem Recht steht den Miteigenthümern ein Vorkaufsrecht zu. Das in Baden L.R. Art. 577 b f den Miteigenthümern eingeräumte Vorkaufsrecht ist durch Gesetz 21/7 1839 Art. 1 aufgehoben; das nach C. c. Art. 841 den Miterben eingeräumte Vorkaufsrecht ist auf andere Fälle des Miteigenthums nicht auszudehnen Zachariä § 197, 6.

[58] l. un. Cod. 8. 21; Gesterding, Eigenthum § 9, 42; Schmid, Handbuch § 2, 43; Pr. L.R. I. 17. 69 Förster Eccius § 182, 67; Sachsen B.G.B. § 388; Oesterreich A.B.G.B. § 829; Zachariä § 197, 7; Aubry § 221, 6. Ueber Hypothekbestellung des Miteigenthümers vgl. unten § 298; Stobbe, P.R. § 82, 20.

[59] Da der Nießbrauch theilbar ist Schmid, Handbuch § 2, 48.

[60] l. 2 D. 8. 1; Schmid, Handbuch § 2, 47. Vgl. unten § 268, 10.

[61] Vgl. unten § 286, 5.

[62] l. 3 D. 41. 7; Pr. L.R. I. 17. 74; Erk. Wolfenbüttel 6/11 1868 Sf. XXIII. 94; Förster Eccius § 182, 69; Zachariä § 197, 10.

[63] l. 8 Cod. 3. 38; Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. 262; Pagenstecher, Eigenthum I. 28; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 101, 45; Dernburg, P. P.R. I. § 224, 16; Randa, E.R. § 9, 11. Gesetzlich bestimmt ist dieß für die Rhederei H.G.B. Art. 68; Stobbe, P.R. § 82, 14. Nach einer anderen Ansicht wird der Antheil des Miteigenthümers herrnlos Göppert, Miteigenthum 49; Eck, doppelseitige Klagen 94.

Digitized by Google

2. Gerichtliche Vertretung. Miteigenthümer können die Vindikationsklage nur für ihren Antheil stellen [64]; zur actio negatoria [65] und confessoria [66] gegen Dritte ist der Miteigenthümer für die ganze Sache legitimirt. Unter sich haben sie die possessorischen [67] und petitorischen Rechtsmittel [68].

3. Haftung. Zu den auf der Sache haftenden Lasten und den für die Sache zu machenden Verwendungen hat jeder Miteigenthümer nach Verhältniß seines Antheils beizutragen [69]. Gemeinrechtlich hat der Miteigenthümer, der nothwendige Reparaturen eines gemeinschaftlichen Bauwerks vorgenommen hat, Anspruch auf Ueberlassung der Eigenthumsantheile derjenigen Theilhaber, welche den sie betreffenden Theil der Kosten nicht binnen 4 Monaten mit Zinsen bezahlt haben [70]. Nach Preußischem Recht muß der Miteigenthümer, der sich seiner Beitragspflicht entzieht oder die Beiträge nicht leisten kann, den übrigen Miteigenthümern seinen Antheil nach einer gerichtlich aufgenommenen Verkaufstaxe überlassen [71]. Nach Französischem Recht kann der Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer sich von der Beitragspflicht durch Verzicht auf sein Miteigenthum befreien [72]. Miteigenthümer haften

---

[64] Vgl. unten § 262, 31.

[65] Vgl. unten § 263, 23.

[66] Vgl. unten § 270, 9.

[67] Vgl. oben § 226, 13. 18.

[68] Vgl. unten § 262, 32; § 263, 15.

[69] Pagenstecher, Eigenthum I. 27; Kreittmayr, Anm. 3 c zu L.R. II. 2. 16; Erk. Wiesbaden 1860 Nass. A. VIII. 117; Pr. L.R. I. 17. 45; Sachsen B.G.B. § 335; Oesterreich A.B.G.B. § 839; C. c. Art. 1859 Nr. 3; Zachariä § 197, 12.

[70] l. 52 § 10 D. 17. 2; Gesterding, Eigenthum § 9, 26; Schmid, Handbuch § 2, 19; Windscheid § 169a, 4 Nr. 4; Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16. Erk. München 27/2 1872 Sammlg. II. 1, ist ausgesprochen, daß der Eigenthumsübergang nicht von selbst erfolgt, sondern einen Antrag des Bauenden voraussetzt. Früher war man geneigt, diese Bestimmung zu generalisiren Glück, Comment. XI. 138; jetzt wird sie auf den erwähnten Fall beschränkt Sintenis, C.R. § 122, 12. In Württemberg ist sie außer Wirksamkeit gesetzt Lang, Sachenrecht § 30, 7. Das Sächsische und Oesterreichische Recht haben diese Bestimmung nicht Randa, E. § 9, 37.

[71] Pr. L.R. I. 17. 46—48; Förster Eccius § 182, 57. Es ist dieß aus der Note 70 aufgeführten Bestimmung abgeleitet Göppert, Miteigenthum 32.

[72] C. c. Art. 656 Zachariä § 197, 12.

Digitized by Google

ihren Miteigenthümern gemeinrechtlich und nach sächsischem Recht für diligentia in concreto[73], nach Oesterreichischem[74] und Französischem Recht[75] für omnis culpa, nach Preußischem Recht für grobes und mäßiges Versehen[76].

IV. Rechtsverhältniß bei Auflösung der Gemeinschaft. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Theilung, für welche folgende Grundsätze gelten:

1. Jedem Miteigenthümer steht das Recht zu, die Abtheilung zu verlangen[77], welches unverjährbar ist[78]. Ausnahmen sind begründet:

a. wenn das Gesetz die Theilung auf einseitigen Antrag ausschließt. Dieß gilt als Regel bei der ehelichen Gütergemeinschaft des deutschen Rechts[79] und bei den im Miteigenthum stehenden Sachen, die dem Alleineigenthum der Miteigenthümer dauernd gewidmet und mit demselben verbunden sind[80];

---

[73] l. 25 § 16 D. 10. 2; Windscheid § 449, 9; Sintenis, C.R. § 122, 18 Sachsen B.G.B. § 336.

[74] Oesterreich A.B.G.B. § 1295; Unger, Ö. P.R. § 102, 23.

[75] C. c. Art. 1137; Zachariä § 299, 11.

[76] Pr. L.R. I. 17. 58; Koch, F. § 309, 8; Förster Eccius § 182, 61.

[77] l. 5 Cod. 3. 37; Windscheid § 441, 12; Bayr. L.R. IV. 13. 3 Nr. 2; Pr. L.R. I. 17. 75; Sachsen B.G.B. § 337; Oesterreich A.B.G.B. § 830; C. c. Art. 815 Zachariä § 197, 15. Die Theilungsklage kann auch unter einzelnen von mehreren Miteigenthümern gestellt werden Erk. R.G. 9/4 1880 Sammlg. I. 118.

[78] l. 3 Cod. 7. 34; Savigny, System V. 409; Koch, F. § 311, 12; Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 26; Pr. L.R. I. 17. 76 Förster Eccius § 182, 71; Sachsen B.G.B. § 151; Oesterreich A.B.G.B. § 1481; C. c. Art. 816 Zachariä § 197, 16; Baden L.R. Art. 2241 a.

[79] Nur nach einzelnen Statuten ist bei allgemeiner Gütergemeinschaft und und Errungenschaftsgemeinschaft Aufhebung der Gemeinschaft während der Ehe auf einseitigen Antrag eines Ehegatten gestattet Roth, D. P.R. § 109, 4. 5, § 120, 6. 7 f. Dieß gilt nicht nach französischem Recht Roth, D. P.R. § 120, 8.

[80] Erk. Stuttgart 22/1 1869 Sf. XXIV. 239. Es gilt dieß für gemeinschaftliche Grenzmauern Erk. Berlin Sf. XXII. 198; den gemeinschaftlichen Eingang zweier Häuser l. 19 § 1 D. 10. 3; Erk. Darmstadt 20/10 1865 Sf. XXII. 138; Stuttgart 1/2 1862 Sf. XV. 126; einen gemeinschaftlichen Hofraum zweier Häuser Erk. Darmstadt 1852 Sf. XXII. 138; Erk. Wolfenbüttel 7/11 1870 Z. f. Br. XIX. 210; gemeinschaftliche Scheunentennen Erk. Darmstadt 1861 Sf. XXII. 138; eine gemeinschaftliche Schwelle, auf welcher die

Digitized by Google

b. bei vertragsmäßiger Ausschließung. Diese kann nur auf bestimmte Zeit geschehen[81]; Ausnahmen finden sich jedoch in Gemeindeverhältnißen[82]. Der Verzicht auf Theilung ist gemeinrechtlich auch für den Sondernachfolger verbindlich[83]; nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht verbindet er nicht einmal den Erben[84];

c. bei gültiger Anordnung eines Dritten[85]. Auch diese kann nur auf bestimmte Zeit erlassen werden[86], nach Sächsischem Recht

---

Wand des Hauses ruht Erk. Darmstadt 1861 Sf. XXII. 138; gemeinschaftliche Winkel Pr. L.R. I. 8. 120; Erk. O.Tr. 14/11 1856 Entsch. XXXIV. 142; Förster, P. P.R. § 170, 18 und für die im Miteigenthum stehenden Bestandtheile des Hauses beim Herbergsrecht vgl. unten § 233, 19; Zachariä § 197, 22. Vgl. im Allgemeinen Dernburg, P. P.R. I. § 224, 1; Aubry § 221 ter; Lang, Sachenrecht § 31, 4. Bei der Gewerkschaft des älteren Rechts ist den Inhabern der einzelnen Kuxe die Theilungsklage nicht gegeben Stobbe, P.R. § 82, 5.

[81] l. 14 § 2. 3 D. 10. 3; Windscheid § 449, 14; Koch, F. § 311, 2; Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. III. 1. 14; Erk. München 12/2 1868 Bl. E.B. 1. 414. Der gleiche Grundsatz gilt nach Pr. L.R. I. 17. 75 vgl. mit Pr. L.R. I. 17. 270. 289 und Oesterreich A.B.G.B. § 831. 832. Nach C. c. Art. 815 kann der Vertrag nur auf fünf Jahre geschlossen werden Zachariä § 197, 19. Nach Sachsen B.G.B. § 338 ist der Vertrag zeitlich nicht beschränkt, jedoch ist er, wenn er auf immer oder auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, nur für 20 Jahre bindend.

[82] Erk. Stuttgart 7/3 1854 Sf. VIII. 11 und 26/6 1865 Sf. XXIII. 109 ist ausgesprochen, daß bei Realgemeindeverhältnissen die Untheilbarkeit gültig bestimmt werden könne. Das gleiche bestimmt die Hütten- und Hammerordnung für das F. Siegen 25/1 1830 Koch, Commentar Note 60 zu L.R. I. 17. 75. Die Preußische Gemeinheitstheilungsordnung 7/6 1821 § 26 läßt nur zeitlich beschränkte vertragsmäßige Ausschließung der Theilung zu. Dernburg, P. P.R. I. § 211, 11.

[83] l. 14 § 3 D. 10. 3; l. 16 § 1 D. 17. 2; Windscheid § 449, 14; Randa, E. § 9, 62. Das gleiche ist nach Preußischem und französischem Recht anzunehmen.

[84] Sachsen B.G.B. § 338; Oesterreich A.B.G.B. § 831.

[85] Gemeinrechtlich ist dieß zweifellos zulässig Glück, Commentar XI. 21, 18; Windscheid § 608, 4; ausdrücklich anerkannt ist dieß Sachsen B.G.B. § 2346. Nach französischem Recht ist es bestritten, ob eine solche Bestimmung gültig getroffen werden könne s. Zachariä § 197, 19; Aubry § 221 bis, 22 und § 622, 6, welche sich beide für die bejahende Meinung erklären.

[86] Windscheid § 608, 4; Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. III. 1. 14; Pr. L.R. I. 17. 118; Oesterreich A.B.G.B. § 832.

Digitized by Google

auf nicht länger als 20 Jahre[87], nach Französischem Recht auf nicht länger als 5 Jahre[88].

2. Rechtliche Natur der Theilung. Die Theilung ist ein Veräußerungsvertrag[89] und setzt daher Veräußerungsfähigkeit voraus[90]. Bestritten ist, welches Rechtsverhältniß dabei vorliege. Während die gewöhnliche Meinung darin ein der Eigenthumsübertragung analoges Rechtsgeschäft sieht (Successionstheorie)[91], nimmt eine davon abweichende Meinung an, durch die Theilung werde der erwerbende Miteigenthümer nur von der in der Gleichberechtigung der übrigen Miteigenthümer fußenden Beschränkung befreit (Accrescenztheorie)[92]. Abweichend davon faßt das Französische Recht die Theilung dahin auf, daß dadurch nur festgestellt werde, welcher Antheil den Miteigenthümern zukomme[93], so daß

---

[87] Sachsen B.G.B. § 2346.

[88] Zachariä § 197, 20; Aubry § 622, 6.

[89] l. 1 Cod. 3. 38 divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit; Kreittmayr, Anm. 12 zu L.R. III. 1. 14; Göppert, Miteigenthum 54, 2 und 57; Arndts § 320, Note 5; Seuffert, Pandekten § 357, 1; Pr. L.R. I. 17. 82. Dieß wird auch von den Vertheidigern der Accrescenztheorie anerkannt Koch, F. § 311, 7; Steinlechner, juris communio II. 111.

[90] l. 17 Cod. 5. 71; Glück, Comment. XI. 18, 62; Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 3; Pr. L.R. I. 17. 82.

[91] Diese Ansicht ist die in älterer und neuerer Zeit gewöhnliche, s. die bei Göppert, Miteigenthum 54, 2 citirten und Göppert, Miteigenthum 52. 57. 71; Förster Eccius § 182, 85. Die Theilung hat darnach die Natur des Tauschs unten Note 103 oder Kaufs unten Note 104 oder eines aus beiden combinirten Geschäfts. Förster Eccius § 182, 81.

[92] Diese zuerst in Erk. O.Tr. Berlin 4/1 1859 Entsch. XL. 125 versuchte Construktion ist von Koch, Commentar zu Anm. 3 zu L.R. I. 11. 1 und P.R. § 669, 4 und Dernburg P. P.R. I. § 224, 16 angenommeu und von Steinlechner, juris communio II. § 22—24 weiter ausgeführt, s. dagegen Göppert, Miteigenthum 40 f. und Förster Eccius § 182, 8. Der dagegen angeführte Grund, daß das Accrescenzrecht kein allgemeines Rechtsprincip sei und nur im Erbrecht vorkomme, ist von Steinlechner, juris communio § 12—18 widerlegt; ebenso der von Göppert, Miteigenthum 52 gemachte Einwand, daß die Nothwendigkeit der Tradition unten Note 103 der Annahme des Accrescenzrechts widerspreche Steinlechner, juris communio II. § 23. Steinlechner läßt auch den Gesichtspunkt der Dereliktion und des in Folge davon eintretenden Accrescenzrechts fallen und substituirt den der Consolidation.

[93] C. c. Art. 883. Die hier nur für Miterben gegebene Vorschrift ist durch Art. 1872 auf die Gesellschaft und durch die Praxis auf alle Fälle des Miteigenthums ausgedehnt. Zachariä § 197, 27; Aubry § 221, 25. Sie

Digitized by Google

das Verhältniß so angesehen wird, als sei der Miteigenthümer von Anfang an Alleineigenthümer des durch die Theilung ihm zugewiesenen Theils gewesen[94], was von Einfluß auf die von den Miteigenthümern bestellten dinglichen Rechte ist[95].

3. Verfahren bei der Theilung. Die Theilung kann eine außergerichtliche oder gerichtliche sein[96]. Die außergerichtliche Theilung kann entweder vertragsmäßig unter den Interessenten ausgeführt werden[97], oder von ihnen dem Richter übertragen werden, der dann das Theilungsgeschäft im Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausführt[98]. Die gerichtliche Theilung erfolgt auf die Theilungsklage[99].

---

beruht auf dem älteren Recht und es war dabei der offen ausgesprochene Zweck, die Zahlung des Laudemiums zu umgehen; Göppert, Miteigenthum 64.

[94] C. c. Art. 883: Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immediatement à tous les effets compris. Die französische Jurisprudenz formulirt dieß dahin: die Theilung sei ein acte declaratif et non attributif de droits, Göppert, Miteigenthum 65, 2; Zachariä § 197, 28.

[95] Zachariä § 197, 27. Die dinglichen Rechte, welche der Miteigenthümer bestellt hat, bleiben für den ihm zufallenden Antheil bei Bestand, also auch die dinglichen Rechte, die die Miteigenthümer insgesammt bestellt haben; dagegen erlöschen die dinglichen Rechte, die ein Miteigenthümer auf seinen Antheil bestellt hat, wenn bei der Theilung die Sache nicht ihm zufällt. Göppert, Miteigenthum 65; Zachariä § 197, 5. 11. 11a.

[96] Das Preußische Recht kennt keine allgemeine Theilungsklage, unten Note 100, sondern außer der Privattheilung nur Theilung durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit unten Note 99. Außergerichtliche Theilungen bedürfen nach Bayrischem Recht, insoferne sie sich auf Immobilien beziehen, notarieller Verbriefung, Not.Ges. Art. 14.

[97] Windscheid § 449, 14a; Lang, Sachenrecht § 31, 11 und § 68, 6; Sachsen B.G.B. § 339; Oesterreich A.B.G.B. § 881; Pr. L.R. I. 7. 111 bis 114; C. c. Art. 838. Nach Preußischem Recht hat die Privattheilung die Bedeutung eines Vergleichs Koch, F. § 310, 7. In Bayern müßen Theilungsverträge, wenn sie sich auch auf Immobilien beziehen, nach Not.Ges. Art. 14 durch Notariatsakt vollzogen werden.

[98] Windscheid § 449, 15. In Bayern sind nach Not.G. Art. 29 und 65 Theilungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Notaren übertragen. Das Preußische Recht kennt eine gerichtliche Theilung nur als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wobei der richterlich vollzogene Theilungsreceß die Kraft eines gerichtlichen Erkenntnißes hat, Pr. L.R. I. 17. 111. Ueber das Verfahren nach Preußischem Landrecht vgl. Koch, F. § 310; Förster Eccius § 182, 93 f.

[99] Vgl. über diese Windscheid § 449, 15; Koch, F. § 312; Sintenis, C.R.

Digitized by Google

4. Art der Theilung. Die Theilung ist entweder Realtheilung (Naturaltheilung) oder Civiltheilung.

a. Die Realtheilung besteht darin, daß die gemeinsame Sache körperlich zerlegt wird [100], oder daß mehrere gemeinschaftliche Sachen unter den Miteigenthümern vertheilt werden [101]. Hier werden die ideellen Theile der Miteigenthümer gegenseitig ausgetauscht [102].

b. Die Civiltheilung besteht darin, daß die gemeinschaftliche Sache gegen Abfindung der anderen einem der Miteigenthümer zum Alleineigenthum überlassen [103] oder daß sie versteigert und der Erlös unter die Miteigenthümer vertheilt wird [104].

Welche Art der Theilung zu wählen sei, bestimmt sich zunächst nach der Uebereinkunft der Interessenten, welche auch von dem Richter, dem die Theilung übertragen ist, berücksichtigt werden muß [105]. Kommt eine Uebereinkunft nicht zu stand, so hat der Richter die den Umständen angemessenste Art zu wählen [106]; nach

---

§ 122, 13 f.; Bertram, P.R. § 196—198; Bayr. L.R. III. 1. 14; Sachsen B.G.B. § 344; Oesterreich A.B.G.B. § 843; Randa, E. § 9, 63 f.; C. c. Art. 838 Zachariä § 197, 22 und § 624—626. Das Preußische Recht hat keine allgemeine Theilungsklage, sondern läßt gerichtliche Entscheidung nur für einzelne unter den Interessenten streitige Punkte zu, welche dann als Grundlage für die Note 99 erwähnten Theilungsrecesse dient. Förster Eccius § 182, 94.

[100] l. 6 § 8 l. 7 § 1 D. 10. 3; Windscheid § 449, 19; Pr. L.R. I. 17. 87; Sachsen, B.G.B. § 341; Oesterreich A.B.G.B. § 841; C. c. Art. 826.

[101] l. 6 § 8. 9 l. 19 § 3 D. 10. 3; Windscheid § 449, 20; Sachsen B.G.B. § 341. Für das Oesterreichische Recht hält Randa, E. § 9, 64 dieses Verfahren nicht für zuläßig.

[102] l. 20 § 3 D. 10. 2; Randa, E. § 9. 65. Das Eigenthum geht daher hier durch Tradition über; Pr. L.R. I. 17. 103; Förster Eccius § 182, 81; Lang, Sachenrecht § 31, 7; Randa, E. § 9, 67.

[103] l. 13 Cod. 3. 38; Windscheid § 449, 21; hier liegt ein Kauf vor l. 1 Cod. 3. 38; Seuffert § 359, 2; Randa, E. § 9, 65; Sachsen B.G.B. § 341; Pr. L.R. I. 17. 103; Förster Eccius § 182, 83.

[104] l. 3 Cod. 3. 38; Windscheid § 449, 21; Sachsen B.G.B. § 341. Dieß bildet nach den neueren Rechten die Regel dann, wenn eine Naturaltheilung nicht zu Stand kommt Pr. L.R. I. 17. 89; Oesterreich A.B.G.B. § 843; C. c. Art. 1686 Zachariä § 197, 23.

[105] Windscheid § 449, 18; Sachsen B.G.B. § 339; Oesterreich A.B.G.B. § 841.

[106] Windscheid § 449, 19; Erk. Jena 19/11 1840 Sf. XXIII. 228; 15/9 1866 Sf. XX. 32; Sachsen B.G.B. § 341. Wie dabei zu verfahren sei

Digitized by Google

Preußischem Recht ist zum öffentlichen Verkauf zu schreiten [107].

5. Gewährleistung. Bei Theilungen, mögen sie gerichtlich oder außergerichtlich vollzogen sein, müßen sich die Miteigenthümer gegenseitig Gewähr leisten [108].

6. Anfechtung. Privattheilungen können nur wie Vergleiche [109]

---

ist bestritten. Nach der einen Ansicht ist zunächst Naturaltheilung dann öffentliche Versteigerung eventuell Zuschlag an einen der Miteigenthümer vorzunehmen. Erk. Cassel 28/12 1861 Sf. XVIII. 35; Wiesbaden 20/9 1843 Sf. I. 98; Berlin 7/10 1867 Sf. XXII. 43 (Nassau); Stuttgart 11/12 1875 Sf. XXIII. 23. Nach einer anderen Ansicht ist zunächst Naturaltheilung dann Zuschlag an einen Miteigenthümer und eventuell Versteigerung einzuleiten. Erk. Dresden 25/8 1860 Sf. XV. 125. Dieß entspricht den Vorschriften des Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 15 f. Nach Erk. Berlin 17/12 1878 Sf. XXXV. 23 (Ehrenbreitstein) kann der Richter auch zur besseren Verwerthung auf Antrag eines Theils der Miteigenthümer eine vorgängige Umgestaltung vornehmen (Abholzung). Nach Oesterreich A.B.G.B. § 841 ist, wenn auch nur ein Theilgenosse es verlangt, zum öffenrlichen Verkauf zu schreiten. Nach C. c. Art. 826. 827 ist die Theilung in Natur vorzunehmen und wo diese nicht zuläßig ist, zum öffentlichen Verkauf zu schreiten, welchen bei Mobilien die Gläubiger oder die Mehrheit der Theilnehmer verlangen können.

[107] Pr. L.R. I. 17. 89. 90; Förster Eccius § 182, 95.

[108] l. 66 § 3 D. 21. 2; l. 14 Cod. 3. 36; Windscheid § 392, 3; Seuffert § 359, 2; Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 28; Pr. L.R. I. 17. 97 Förster Eccius § 182, 86; Dernburg, P. P.R. I. § 224. 12. 13; Sachsen B.G.B. § 2352; C. c. Art. 884—886. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht A.B.G.B. § 922 Randa, E. § 9, 66.

[109] Seuffert, Pandekten § 360, 4a; Pr. L.R. I. 17. 112. Nach Preußischem Recht kann daher ein Theilungsvertrag nur angefochten werden wegen Zwangs, Betrugs und wegen Irrthums über die als unstreitig vorausgesetzten thatsächlichen Verhältniße, Förster Eccius § 182, 92. Nach C. c. Art. 887 kann der Theilungsvertrag wegen Zwangs, Betrugs und Verletzung über ein Viertheil angefochten werden. Gemeinrechtlich ist in l. 3 Cod. 3. 38 eine besondere Bestimmung getroffen, deren Auslegung zu einer weit gehenden Meinungsverschiedenheit Veranlassung gegeben hat, vgl. darüber Hennig, zur Auslegung der l. 3 Cod. 3. 28 Bl. f. Thür. X. 29 f.

1. Nach der einen Ansicht ist dadurch ein Anfechtungsrecht nur bei betrüglicher Handlungsweise gegeben s. die bei Hennig S. 36 Nr. 1 Citirten und Randa, E. § 9, 68;

2. nach der andern Ansicht ist dasselbe nu- bei dolus und laesio enormis begründet s. Hennig S. 36 Nr. 2 und Erk. Wiesbaden 18/9 1835 Sf. I. 263.

3. Eine dritte Ansicht läßt die Anfechtung auch bei geringeren Verletzungen als der über die Hälfte zu, jedoch in verschiedenem Umfang.

a. Die eine Meinung läßt die Anfechtung nur zu, wenn der Irrthum

Digitized by Google

und richterliche Theilungen nur wie rechtskräftige Urtheile angefochten werden [110].

§ 233.

III. Das getheilte Miteigenthum [1].

Unsere Quellen unterscheiden den Fall, daß bei Realtheilung einer Sache die einzelnen Theile nicht getrennt werden und daher in dem bisherigen Zusammenhang verbleiben [2]. Hier liegt nur

sich auf die Antheile bezieht s. die bei Hennig S. 37 Citirten, dann Windscheid § 449, 25; Lang, Sachenrecht § 31, 5; Erk. Stuttgart 7/6 1851 Sf. IV. 222; Lübeck 17/12 1856 Sf. XII. 30.

b. Die andere Meinung läßt die Anfechtung bei jeder Verletzung aus Irrthum zu, also namentlich auch dann, wenn sie sich auf den Anschlag bezieht. Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 27; Glück, Commentar XI. 92; Holzschuher, Theorie § 309 Nr. 7 b; Sintenis, C.R. § 122, 44 Nr. 2; Arndts § 320, 7. Daß der Theilungsvertrag wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, ist gemeinrechtlich anzunehmen Windscheid § 396, 10 und § 449, 25 und ist Bayer. Ges. 10/11 1861 IV ausdrücklich anerkannt. Nach C. c. Art. 887 ist die Anfechtbarkeit bei Verletzung über ein Viertel gegeben. Nach Preußischem Recht ist der Anspruch bei Vergleichen, also auch bei Theilungen ausgeschlossen Pr. L.R. I. 16. 439. I. 17. 111. 112 und nach Sächsischem Recht ist er überhaupt nicht gegeben.

[110] Holzschuher, Theorie § 309 Nr. 7 a; Sintenis, C.R. § 122, 44 Nr. 1; Lang, Sachenrecht § 68, 25; Pr. L.R. I. 17. 112 Förster Eccius § 182, 92. Gemeinrechtlich nehmen manche an, daß die richterliche Theilung wegen Verletzung über die Hälfte anfechtbar sei s. die bei Glück, Commentar XI. 90, 40 und Holzschuher, Theorie § 309 Nr. 7 a Angeführten und es ist dieß Bayr. L.R. III. 1. 14 Nr. 27 anerkannt; allein es entbehrt dieß durchaus der Begründung s. Holzschuher, Theorie § 309 Nr. 7 a; Windscheid § 449, 25 Nr. 1; Unterholzner, S. V. § 530 f.

[1] Vgl. Wächter, A. f. C.Pr. XXVII. 176; Wächter, W. P.R. II. § 43, 9; Unger, Ö. P.R. § 51, 15 f.; Baron, Z. f. vgl. R.W. II. 99; Steinlechner, juris communio I. § 14; Randa, Besitz § 17; Gesterding, Sachenrecht § 9, 1; Schmid; Handbuch § 2, 4; Lang, Sachenrecht § 28, 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 120. I.

[2] l. 29 D. 41. 1; l. 5 § 16 D. 27. 9. Die Unterscheidung ist in Berücksichtigung des Sprachgebrauchs der Quellen vollständig gerechtfertigt Windscheid § 142, 2. Für das Preußische Recht, das keine ausdrückliche Vorschrift enthält, ist die Unterscheidung durch die Bestimmung über gemeinschaftliche Mauern thatsächlich anerkannt unten Note 7. Das Französische Recht hat in dem Herbergsrecht einen bestimmten Anwendungsfall unten Note 18. Für

Digitized by Google

scheinbar eine Gemeinschaft vor, in Wirklichkeit stehen die einzelnen Theile im ausschließlichen Eigenthum der einzelnen. Anwendungsfälle sind:

1. Die auf der Grenze befindlichen Erzeugnisse des Bodens und die Grenzsteine sind gemeinrechtlich nach Maßgabe der Grenzlinie getheilt, solange sie sich im Boden befinden, während sie, sowie sie herausgenommen sind, nach intellektuellen Theilen gemeinsam werden [3]. Nach Preußischem, Sächsischem und Oesterreichischem Recht stehen sie im Miteigenthum der Nachbarn [4].

2. Mauern, Zäune und Hecken, welche Nachbargrundstücke trennen, sind, soweit sie nicht im Alleineigenthum eines Eigenthümers [5] oder im ungetheilten Miteigenthum der Nachbarn stehen, unter den Nachbarn nach Verhältniß der Grenzlinie getheilt [6]. Dasselbe gilt von Grenzbrunnen [7].

3. Das Herbergsrecht [8]. Nach römischem Recht können Häuser

---

den größeren Theil der Rechtsgebiete ist die Unterscheidung durch die wasserrechtliche Gesetzgebung neuerdings von praktischer Bedeutung Baron in Z. f. vgl. R.W. II. 99 und unten Note 21.

[3] l. 19 pr. D. 10. 3; l. 83 D. 17. 2; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 111, 35; Bangerow § 329 Anm. 2, 2; Kreittmayr Anm. 8d zu L.R. II. 2. 16; Erk. München 1/6 1880 Sammlg. VIII. 161; Lang, Sachenrecht § 29, 11.

[4] Pr. L.R. I. 9. 286 Förster Eccius § 173, 44; Sachsen B.G.B. § 361; Oesterreich A.B.G.B. § 421; Randa, E. § 9, 45.

[5] Es kann dieß auf einer Servitut beruhen Erk. Wolfenbüttel 9/3 1866 Sf. XXI. 100.

[6] Manche nehmen dieß gemeinrechtlich als Regel an Gesterding, Eigenthum § 9, 3; Erk. Wolfenbüttel 9/3 1866 Sf. XXI. 100. Im Rechtsgebiet des gemeinen Rechts ist dieß jedoch nur in einzelnen Statuten anerkannt München B.O. Art. 29; Regensburg W. G.O. XV. 2; Würzburg Stadtbaurecht IV. 3 bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 32; Lübeck St. III. 12. 4. Dagegen ist dieß als Regel anerkannt Pr. L.R. I. 8. 135; Wilmowski, Lübisches Recht § 22 Nr. 1; Dernburg, Pr. P.R. 1 § 215, 17; Erk. München 13/5 1861, Bl. XXIX. 271. Ebenso deutet mit Recht die Bestimmung Oesterreich A.B.G.B. § 855 Unger, Ö. P.R. § 51, 18 auf communio pro diviso, wogegen sich Randa, Besitz § 17, 4a und Eigenthumsrecht § 9, 45 erklärt. Auch nach Französischem Recht gilt für Scheidemauern die communio pro diviso als Regel C. c. Art. 653; Zachariä § 239, 2.

[7] Erk. Wolfenbüttel 9/6 1865 Sf. XXII. 119 nimmt hier gegenseitige Servitutbestellung an.

[8] Vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 33 f.; Stobbe, P.R. § 79 Nr. 2. Zu unterscheiden davon ist das superficiarische Recht an dem Theil eines Hauses unten § 289, 2.

Digitized by Google

nicht horizontal sondern vertikal getheilt werden[9], und es ist dieser Grundsatz im Preußischen[10], Sächsischen[11] und Oesterreichischen Recht[12] anerkannt. Nach einem früher weit verbreiteten Gewohnheitsrecht war indessen der entgegengesetzte Grundsatz anerkannt und es wurden Häuser nach einzelnen Gelassen getheilt (Herbergsrecht)[13]. Dieser Grundsatz ist noch jetzt in Anwendung in Bayern[14], Württemberg[15], Frankfurt[16], Sachsen-Meiningen[17]

---

[9] l. 6 § 1 D. 8. 4. Savigny, O.R. § 290; Zaun, A. f. C.Pr. XLIII. 218; Girtanner in Jahrb. f. Dogm. III. 287; daher spricht die Präsumtion für das Eigenthum an dem ganzen Haus, wenn jemand das Eigenthum an einem Theil desselben nachgewiesen hat Erk. Dresden 1846 Sf. IV. 101; 26/4 1866 Sf. XXII. 118; Wolfenbüttel 25/11 1859 Z. f. Br. VI. 190.

[10] Das Preußische Landrecht enthält keine Bestimmung. Die Praxis, welche früher die Zulässigkeit der Theilung nach Stockwerken anerkannte Erk. 17/2 1860 Striethorst XXXVI. 332 und 11/4 1864 Striethorst LIV. 1860 hat sich neuerdings dagegen erklärt Erk. 14/2 1865 Entsch. LIII. 4; 16/2 1877 Entsch. LXX. 128. Ebenso erklären sich dagegen Förster Eccius § 160, 27; § 168, 36; Dernburg, Pr. P.R. I. § 66, 2.

[11] Sachsen B.G.B. § 286 ist das Haus als Bestandtheil des Grundes und Bodens erklärt, auf dem es steht.

[12] In Oesterreich ist die horizontale Theilung schon durch die Bestimmungen des A.B.G.B. § 417—419 ausgeschlossen. Sie wurde gleichwohl vielfältig versucht, wogegen besondere Verbote erlassen wurden. V. 8/3 1853 27/12 1856 und Ges. 30/3 1879; Unger, Ö. P.R. § 51, 23; Randa, Besitz § 17, 11. 12. Aeltere Kellerrechte construirt Randa, Eigenthumsrecht § 1, 30 noch jetzt als getheiltes Miteigenthum.

[13] Die weite Verbreitung zeigt sich an den Verboten, die dagegen erlassen wurden, so Regensburg W. G.O. XI. 2—4; Würzburg B.O. 1722 Nr. 8, Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 35; Braunschweig V. 18/5 1763 Erk. Wolfenbüttel 25/11 1859 Z. f. Br. VI. 190; Nassau V. 28/3 1827 § 2 Bertram, P.R. § 193; Frankfurt Reform VI. 4. 6; Weimar V. 12/3 1841 § 166 A. f. Pr. R.W. II. 45; Schwarzburg-Rudolstadt Ges. 26/3 1858; Coburg Ges. 3/7 1869 Art. 3; Großh. Hessen Erk. 25/9 1860 A. f. Pr. R.W. VIII. 208, Bauordnung 30/4 1881 Art. 53.

[14] In Bayern ist das Herbergsrecht in mehreren Statuten ausdrücklich anerkannt. Nürnberg Reform XXVI. 10; F. Salzburgische Einstandsordnung 31/12 1801 § 16; St. Kempten St. VI. 21. In München und seinen Vororten ist die Anerkennung notorisch Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 35. Außerdem ist die Praxis geneigt, dasselbe allgemein anzuerkennen A.E. Ansbach 16/2 1830 Bl. IV. 192; Erk. München 23/2 1867 Sf. XXI. 99; 26/1 1877 Bl. XLII. 122.

[15] Nach Erk. Stuttgart 22/1 1869 Sf. XXIV. 239 und 9/3 1870 Sf. XXIV. 299 ist die Zulässigkeit horizontaler Theilung von Häusern als in

Digitized by Google

und im Gebiet des französischen Rechts [18]. Diese Herbergen sind ausgeschiedene Theile eines Hauses, welche selbstständig besessen, veräußert, verpfändet und vererbt werden, wobei aber der Natur der Sache entsprechend die ungetheilte Gemeinschaft einzelner Theile des Gebäudes vorausgesetzt wird [19], so daß ein aus getheiltem und ungetheiltem Miteigenthum gemischtes Verhältniß vorliegt, indem der Antheil an den gemeinschaftlichen Theilen als Bestandtheil des Sondereigenthums erscheint [20].

Titel III.

Beschränkungen des Eigenthums im Allgemeinen.

Abschnitt 1.

Im Allgemeinen.

§ 234.

Der Grundsatz, daß dem Eigenthümer die freie Verfügung über den Gegenstand des Eigenthums zustehe und daß er jede Einwirkung eines Dritten abzuweisen das Recht habe, kann nicht nur durch Bestellung dinglicher Rechte für einen Dritten, sondern auch durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen beschränkt sein, durch welche dem Eigenthümer eine sonst dem Eigenthum entsprechende Verfügung untersagt oder ein sonst dem Eigenthümer zustehendes Widerspruchsrecht ausgeschlossen wird. Schon das

---

Württemberg geltendes Gewohnheitsrecht anerkannt vgl. Krauß, W. Archiv XII. 329 f.; Lang, Sachenrecht § 2, 8. Gegen diese Auffassung erklärt sich Mandry, W. Archiv XIII. 193. Früher wurde das Gegentheil angenommen Erk. Stuttgart 4/6 1864 Sf. XVIII. 242.

[16] Erk. Lübeck 20/3 1855 Sf. IX. 264 erkennt dieß für die in einzelnen Häusern befindlichen s.g. Fleischschragen an.

[17] Heimbach, R.L. IX. 498.

[18] C. c. Art. 664 Zachariä § 197, 2; Aubry § 221 ter Nr. 2.

[19] Es gilt dieß namentlich von dem Untergrund, dem Dach und den Umfassungsmauern Erk. Stuttgart 9/3 1870 Sf. XXIV. 299. Für diese gemeinschaftlichen Bestandtheile ist die Theilungsklage ausgeschlossen. Erk. Stuttgart 1/6 1853 Sf. VII. 176; München 4/2 1880 Sf. XXXVI. 106.

[20] Roth, Bayr. C.R. (1) § 120, 38.

Digitized by Google

römische Recht kannte derartige Beschränkungen, welche ihre Begründung theils in der Wahrung des öffentlichen Interesses, theils in der des Nachbarverhältnißes oder sonstiger Rechte Dritter hatten [1]. Viel weiter ging darin das ältere deutsche Recht, welches ausgedehnte Beschränkungen nicht nur im öffentlichen Interesse [2] und für den Familienverband [3] sondern auch für das Nachbarrecht [4] ausgebildet hatte. Von Einfluß hierauf waren namentlich die Bauordnungen [5], welche schon im Mittelalter vielfältig den städtischen Statuten einverleibt, für manche Verhältniße, welche nach römischem Recht der polizeilichen Regelung überlassen waren, civilrechtlich wirkende Anordnungen getroffen hatten. Vielfältig wurden früher die auf Immobilien bezüglichen Beschränkungen unter den Gesichtspunkt der Legalservituten gestellt [6], was aber in dieser Ausdehnung nicht richtig ist. Man muß vielmehr unterscheiden:

1. Die Beschränkungen im öffentlichen Interesse. Diese sind absolut in der Art, daß eine Befreiung weder durch Uebereinkunft

---

[1] Vgl. Dirckſen, Z. f. G. R.W. II. 405; Becker, die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen des römischen Rechts Jahrb. IV. 149; Ihering, zur Lehre von den Beschränkungen des Eigenthums im Interesse des Nachbarn Jahrb. f. Dogm. VI. 81—130; Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (2) 1880. Ein Beispiel der ersten Art sind die Vorschriften über Beerdigung, der zweiten Art die über den Ueberfall von Früchten, der dritten Art über Abholen von Sachen. Die Bestimmungen des römischen Rechts sind indeß theils überhaupt nicht mehr anwendbar, theils ist ihre Anwendung in andere Formen gekleidet.

[2] Vgl Mittermair, P.R. § 166. 167; Beseler, P.R. § 93; Stobbe, P.R. § 84. Es gehört dahin die Beschränkung der Theilbarkeit von Landgütern und die Beschränkung der Waldbenützung im Interesse der Forstwirthschaft.

[3] Dahin gehören die Veräußerungsbeschränkungen und das daraus abgeleitete Näherrecht.

[4] Vgl. Engelbrecht de jure vicinitatis 1744; Schröter, E. de jure vicinitatis 1748; Schelhaß, das Nachbarrecht 1863; Hofmann, A. f. Pr. R.W. I. 241 f.; Stobbe, P.R. § 85. 86; Förster Eccius § 170.

[5] Vgl. unten § 239, 1.

[6] Baleke de differentiis juris communis Lubecensis et Rostochiensis in materia luminum in Gesterding, Thesaurus 132; Prazack, Recht der Enteignung 22, 10. Dieß ist die Stellung des C. c. Art. 649—652 der Servitutes etabli par la loi unterscheidet. Gegen diese Auffassung erklärt sich neuerdings Aubry § 194, 1.

Digitized by Google

noch durch Ersitzung erfolgen kann, sondern eine Dispensation von Seite der Verwaltungsbehörde voraussetzt [7].

2. Eigenthumsbeschränkungen die auf dem Nachbarrecht beruhen, die sich dadurch unterscheiden, daß sie eine Erweiterung des Eigenthumsrechts des Nachbargrundstücks enthalten, und daher durch Begründung einer davon befreienden Servitut beseitigt werden können [8].

3. Gesetzliche Servituten. Diese unterscheiden sich von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen darin, daß ihre Entstehung und ihr Bestand davon abhängt, daß die sie veranlassende besondere Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks vorliegt [9].

Wie schon nach römischem Recht [10] kommen auch in unserem Recht Fälle vor, in welchen dem Grundeigenthümer im öffentlichen Interesse gewisse Leistungen auferlegt sind (§ 235). Die Beschränkungen überhaupt aber können theils die positive (Veräußerung, Theilung, Gebrauch), theils die negative Seite des Eigenthums (Verbietungsrecht) betreffen.

---

[7] Mittermair, P.R. § 167 Nr. 2; Pr. L.R. I. 8. 190; Förster Eccius § 171, 5.

[8] Mittermair, P.R. § 167 Nr. 2; Eichhorn, P.R. § 183; Beseler, P.R. § 93, 1; Ipsen, Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857, 96; Lang, Sachenrecht § 86, 14; Erk. Berlin 9/1 1843 Sf. II. 139; Rostock 29/1 1872 Budde VIII. 49; München 18/7 1873 Sammlg. III. 131; Erk. Jena 1868 Bl. f. Thür. XV. 235; Erk. Wolfenbüttel 2/1 1857 Z. f. Br. XXVI. 195; 12/12 1876 Sf. XXXIII. 202. Dieß ist gesetzlich ausgesprochen Bayern Wassergesetz 28/5 1852 Art. 37; Nürnberg Reform XXVI. 3. 1; Pr. L.R. I. 8. 191. Spuren davon finden sich schon im römischen Recht Windscheid § 211a, 11.

[9] Vgl. unten § 268 I; Becker, Eigenthumsbeschränkungen 203. Insoferne entscheidet bei Legalservituten die Priorität. Hat der Eigenthümer eine Tenne, so darf ihm der Nachbar den Luftzug nicht verbauen, dagegen hindert es einen Bau nicht, daß dadurch der Nachbar für eine Tenne, die er später bauen würde, keinen Luftzug hätte. Gegen Becker erklären sich Windscheid § 169, 2 und 14 und Brinz, Pandekten (2) § 132, 24 die nur Eigenthumsbeschränkungen anerkennen wollen. Die unten folgende Darstellung ergibt in den neueren Rechten mehrere Fälle der gesetzlichen Servituten so Entfernung von einem Gebäude des Nachbarn Pr. L.R. I. 8. 139. 140 unten § 239, 18, das jus prospectus coeli Pr. L.R. I. 8. 142. 143 unten § 283, 15 u. a. Die gesetzliche Servitut unterscheidet sich von anderen Servituten nur durch die Art der Begründung.

[10] Becker, Eigenthumsbeschränkungen 199.

Digitized by Google

Abschnitt 2.

Verpflichtung zu Leistungen.

§ 235.

Schon im römischen Recht finden sich einzelne Fälle, in welchen der Eigenthümer eines Grundstücks zu Leistungen theils im öffentlichen Interesse [1], theils auf Grund vertragsmäßiger Festsetzung [2] verpflichtet war; diese Fälle sind jedoch als Ausnahme anzusehen und lassen sich nicht auf ein einheitliches Princip zurückführen. Zahlreicher finden sich solche Verpflichtungen in den neueren Landesrechten namentlich durch die landwirthschaftliche und Wassergesetzgebung ausgebildet.

I. Bei dem durch neuere Gesetze geregelten Arrondirungsverfahren (Zusammenlegung, Consolidation, Separation) kann, wenn die freiwillige Arrondirung nicht durchgeführt werden kann, ein Zwangsverfahren eingeleitet werden, welches die einzelnen Grundbesitzer des betreffenden Bezirks verpflichtet, sich der nach den Bestimmungen des Gesetzes durchzuführenden Grenzregulirung zu unterwerfen [3].

---

[1] Becker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrb. V. 199. Es gehört dahin die Verpflichtung zur Wegeausbesserung und zur Wiederherstellung verfallener Gebäude.

[2] Es gehört dahin die servitus oneris ferendi, mit welcher die Verpflichtung zur Unterhaltung des dienenden Gebäudes verbunden ist Windscheid § 201, 3; § 211a, 3; Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 48.

[3] Es sind folgende Arrondirungsgesetze zu vergleichen: Preußen Ges. 2/4 1872; Dernburg, P. P.R. I. § 212; Schleswigholstein Ges. 17/8 1876 377; Hannover Ges. 30/6 1842; 22/8 1847; 12/10 1853; 8/11 1856 Grefe, P.R. II. § 94; Hofmann, über § 11 des Ges. 30/6 1842 Hann. Mag. VI. 184; Kurhessen Ges. 28/8 1834; 13/5 1867 716 Platner, Sachenrecht § 33; Nassau Ges. 5/4 1869 Wißmann, Consolidationsbuch Berlin 1874; Bertram, P.R. § 488—493; Bayern Ges. 10/11 1861 Roth, Bayr. C.R. (1) § 122; Sachsen Ges. 23/7 1861; Baden Ges. 5/5 1856; V. 18/10 1869; Darmstadt Ges. 24/12 1857; 18/8 1871; Mecklenburg-Schwerin V. 15/1 1873; Weimar Ges. 5/5 1869; 16/1 1872; Oldenburg Ges. 27/4 1858; Meiningen Ges. 29/5 1855 und 12/6 1865; 18/3 1872; 22/11 1874; Altenburg Ges. 20/4 1857; Gotha Ges. 5/11 1853 und 27/6 1856; 25/6 1859; Coburg Ges. 23/6 1863; Rudolstadt Ges. 7/1 1856; Sondershausen 2/5 1854; 6/1 1855; 14/7 1857; 4/12 1875; Reuß j. L. 8/10 1860;

Digitized by Google

II. Nach den neueren Wassergesetzen haben die Eigenthümer der Privatflüsse die Verpflichtung, die ihnen daran zustehenden Theile in der Art in Stand zu halten, daß dem Wasserablauf kein Hinderniß im Wege steht [4].

III. Nach neueren Wassergesetzen können unter bestimmten Voraussetzungen die Grundeigenthümer eines Distrikts durch die Mehrheit der Betheiligten zur Theilnahme an den für die Bodenkultur erforderlichen oder ersprießlichen Bewässerungsanlagen genöthigt werden [5].

IV. Nach neueren Wassergesetzen haben die betheiligten Eigenthümer von Privatgewässern die Verpflichtung zu Uferschutzbauten [6].

V. Einzelne Landesrechte lassen gegen den Besitzer schadhafter Bauwerke direkten Zwang auf Wiederherstellung zu [7].

VI. Nach Preußischem Landrecht hat der Eigenthümer einer Scheidung die Unterhaltungspflicht [8].

VII. Nach mehreren Landesrechten haben die Anlieger von Landstraßen die Verpflichtung der Baumpflanzung [9].

VIII. Nach Preußischem Recht können die Gemeinden durch Ortsstatut bestimmen, daß bei Anlegung einer neuen oder Ver-

---

Oesterreich Ges. 6/12 1869 § 9 und 7/6 1883 Randa, Eigenthumsrecht § 6, Nr. 8.

[4] Förster Eccius § 170, 15; Dernburg, P. P.R. I. § 217 Nr. 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 291, 43; das Nähere im Wasserrecht.

[5] Dernburg, P. P.R. I. § 253 Nr. 4; Roth, Bayr. C.R. (1) § 293; Randa, E. § 6 Nr. 6; das Nähere im Wasserrecht.

[6] Dernburg, P. P.R. I. § 217 Nr. 1; Roth, Bayr. C.R. (1) § 292; das Nähere im Wasserrecht.

[7] Dieß ist schon l. 46 pr. D. 39. 2 angeordnet, wird aber nur als baupolizeiliche Vorschrift aufgefaßt Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 123, 69; Becker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrbuch V. 200. In den deutschen Landesrechten ist die Verpflichtung zur Wiederherstellung vielfältig ausgesprochen so Ulm B.O. V. 1; Memmingen B.O. IX. 1; Regensburg W.G.O. XX. 1; Mainz B.O. VII. 10; Bayr. L.R. IV. 16. 10 Nr. 4. 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, 7; Pr. L.R. I. 8. 37—59; Förster Eccius § 171, 10; Dernburg, P. P.R. I. § 219; Lübeck Bauordnung 23/5 1881 § 17; Oesterreich Patent 1/7 1784 Randa E. § 6, 3.

[8] Pr. L.R. I. 8. 152. 153; Förster Eccius § 170, 42; Kayser, das Preussische Zaunrecht Gruchot XIX. 705; Erk. R.G. 13/5 1880 Entsch. II. 60.

[9] Lang, Sachenrecht § 20, 7; Platner, Sachenrecht § 12; das Nähere in der Lehre vom Straßenregal.

Digitized by Google

längerung einer schon bestehenden Straße der Unternehmer oder die Adjacenten die erste Einrichtung der Straße herstellen und dieselbe zeitweise (höchstens fünf Jahre) unterhalten [10].

Abschnitt 3.

Beschränkung des Verfügungsrechts.

§ 236.

I. Beschränkung der Veräußerung [1].

In der Regel ist mit dem Eigenthum auch die Befugniß der Veräußerung gegeben; diese kann jedoch durch Gesetz, richterliche Verfügung oder Vertrag beschränkt sein.

I. *Gesetzliche Veräußerungsverbote* [2]. Die Veräußerung der mit einem gesetzlichen Veräußerungsverbot belegten Sachen ist nichtig [3]; der Veräußerer kann jedoch auf die Nichtigkeit der Veräußerung sich nur berufen, solange die Voraussetzungen derselben bestehen [4]. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote sind entweder absolut, so daß durch sie jede Veräußerung ausgeschlossen

---

[10] Ges. 2/7 1875 § 15. Das Gleiche gilt in Oesterreich nur nach einzelnen Bauordnungen Randa, E. § 6 Nr. 5.

[1] Lauck, Z. f. C.R.Pr. V. 1; Schröder, F. Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten 1875; Pagenstecher, Eigenthum I. § 8—11; Schmid Handbuch § 4; Windscheid § 172a; Bangerow § 299; Brinz, Pandekten (2) § 134; Dernburg, P. P.R. I. § 80; Roth, Bayr. C.R. (1) § 123; Lang, Sachenrecht § 18; Schmidt, Vorlesungen § 51; Randa, Eigenthumsrecht § 8.

[2] Es werden hier nur die auf der Beschaffenheit der Sache beruhenden Veräußerungsverbote aufgeführt, nicht diejenigen, welche die Veräußerungsbefugniß einzelner Personen beschränken, wie des Vormunds für die Immobilien des Mündels, des Hausvaters hinsichtlich der regelmäßigen Adventitien der Hauskinder, des Ehemannes hinsichtlich des Ehevermögens, der Verwalter bezüglich der Immobilien von Kirchen und milden Stiftungen.

[3] l. 16 Cod. 15. 71; l. 1 Cod. 10. 33; Bangerow § 299 Anm. Nr. 1; Pr. L.R. I. 4. 15; Sachsen B.G.B. § 223. Daß der Veräußerer selbst auf die Nichtigkeit der Veräußerung sich berufen könne, wird jetzt allgemein angenommen Windscheid § 172a, 2.

[4] l 42 D. 41. 3; Windscheid § 172a, 3.

Digitized by Google

ist oder relativ, so daß die Möglichkeit der Veräußerung von der Zustimmung bestimmter Interessenten abhängt[5].

1. Absolute Veräußerungsverbote. Als solche gehören dem jetzt geltenden Recht[6] folgende an:

a. Gemeinrechtlich können Dotalgrundstücke bis zur Rückgabe der Dos an die Ehefrau auch nicht mit Einwilligung der letzteren veräußert werden[7]. Abweichend davon gestatten mehrere Landesrechte die Veräußerung mit Einwilligung der Frau[8]; das gleiche gilt nach Oesterreichischem Recht[9]. Nach französischem Recht ist die Veräußerung von Dotalgrundstücken nur in bestimmten Ausnahmsfällen zulässig[10].

b. Verkauf von Früchten auf dem Halm[11]. Gemeinrechtlich ist der Verkauf von Früchten auf dem Halm insofern beschränkt, als er nur zu dem Preis gestattet ist, den die Früchte zur Zeit des Contrakts oder 14 Tage nach der Ernte haben[12]. In einzelnen Landesrechten ist dieß zu einem absoluten Verbot des Ver-

---

[5] Gegen die Geltendmachung eines relativen Veräußerungsverbotes ist die actio negatoria gegeben Erk. Lübeck 3/4 1875 Sf. XXXII. 304.

[6] Die Veräußerungsverbote von Häusern zum Abbruch Schröder, Veräußerungsverbote 65, von Colonen ohne den Boden Schröder 69, von Eunuchen Schröder 70 und Grundstücken und Sklaven der Curialen Schröder 70 sind außer Uebung. Neuerdings ist durch D. C.Pr.O. § 236 das in einzelnen Rechtsgebieten noch erhaltene Verbot der Veräußerung litigiöser Sachen allgemein beseitigt vgl. über dieses Windscheid § 125; Schröder, Veräußerungsverbote 45. 84; Roth, Bayr. C.R. (1) § 123, 7. 8. Auch in dem Oesterreichischen Recht ist dieses Veräußerungsverbot nicht anerkannt Unger, Ö. P.R. § 128, 24; Randa, E. § 8, 15.

[7] Vgl. oben § 98, 8—11. Eine Ausnahme ist nur begründet, wenn der Rückfall der Dos an die Frau vertragsmäßig ausgeschlossen ist oben § 98, 8.

[8] Vgl. oben § 98, 13.

[9] Vgl. oben § 98, 13.

[10] Vgl. oben § 98, 14.

[11] Vgl. Rebling, über das Verbot des Kaufs der Früchte auf dem Halm Bl. f. Thür. XII. 237; Mittermair, P.R. § 281, 1; Maurenbrecher, D. P.R. § 383; Stobbe, D. P.R. § 184, 3; Curtius, P.R. IV. § 1365; Roth, Bayr. C.R. (1) § 123, 6.

[12] R.P.O. 1548 Tit. 10; 1577 Tit. 19. Es ist dieß auf den Fall beschränkt, daß der Verkäufer sich in Noth befindet und den Kaufpreis sofort bezahlt erhält; Erk. Wolfenbüttel 27/6 1848 Sf. XIV. 24. In dieser Form findet sich das Verbot in mehrere Landesrechte aufgenommen Sachsen L.O.

Digitized by Google

kaufs der Früchte auf dem Halm ausgedehnt [18]; in mehreren ist dasselbe ganz beseitigt [14].

2. Relative Veräußerungsverbote. Als solche finden sich folgende:

a. Gemeinrechtlich [15] besteht ein Veräußerungsverbot hinsichtlich der lucra nuptialia für den überlebenden Ehegatten insoferne, als den Kindern der ersten Ehe ein Vindikationsrecht auch hinsichtlich derjenigen Gegenstände zusteht, welche der überlebende Ehegatte vor Eingehung der zweiten Ehe veräußert hat [16].

b. Gemeinrechtlich [17] ist der unschuldige Ehegatte in der Veräußerung der zur Ehescheidungsstrafe gehörigen Sachen insoferne beschränkt, als er sie bei bekindeter Ehe bei seinem Tod den Kindern dieser Ehe hinterlassen muß [18].

c. Gemeinrechtlich [19] und nach Preußischem [20] und Sächsi-

---

1556 c. 41; Gotha L.O. II. 4. 21; Altenburg L.O. II. 4. 21; Kurtrier L.R. XVIII. 8.

[13] Rudolstadt V. 30/7 1817; Meiningen V. 12/7 1771; Gh. Hessen Polizeistrafgesetzbuch 30/10 1855 Art. 380 R.O.H.G. 1/5 1872 Entsch. V. 103. Der gleiche Grundsatz gilt nach Französischem Recht Ges. vom 6 und 23 messidor An. III. Aubry § 351, 35. In der Mehrzahl der Landesrechte war der Verkauf auf dem Halm absolut verboten so Pr. L.R. II. 7. 12; Hildesheim V. 20/7 1797; Bayr. L.R. IV. 4. 4 und V. 13/1 1817; Kursachsen generale 25/6 1817 Curtius, Handbuch § 1365 Nr. 3.

[14] Preußen V. 9/11 1843 G.S. 347; Hannover Ges. 1/12 1849 Abth. 1. 195; Bayern L.T. Abschied 18/2 1871 § 20 Roth, Bayr. C.R. (1) § 123, 6; Württemberg Polizeistrafgesetz 2/10 1839 Art. 77. In Nassau ist die Beschränkung außer Uebung Bertram, P.R. § 947. In Sachsen ist sie in das V.G.V. nicht aufgenommen Schmidt, Vorlesungen § 116.

[15] Vgl. oben § 150 I.

[16] Nov. 2 c. 2; Nov. 22 c. 26 pr.: Schrödder, Veräußerungsverbot 138, 32.

[17] Vgl. oben § 149, 8. Die neueren Landesrechte kennen diese Beschränkung nicht.

[18] Aus l. 8 § 7 Cod. 5. 17 schließt Schrödder, Veräußerungsverbote 145 mit Recht, daß der unschuldige Ehegatte die Ehescheidungsstrafe zu Eigenthum erhält, und nur verpflichtet ist, sie bei seinem Tod den Kindern dieser Ehe zu hinterlassen. Darnach ist die oben § 149, 8 wiedergegebene Meinung, daß der überlebende Ehegatte die Ehescheidungsstrafe nur zu Nießbrauch erhalte, zu berichtigen.

[19] Vgl. Schrödder, Veräußerungsverbote 73; Windscheid § 648 Nr. 4; Roth, Bayr. C.R. § 315, 33 f.

[20] Förster Eccius § 275, 11 f.

Digitized by Google

schem Recht[21] ist bei einem Erbschaftsvermächtniß der Vorerbe in der Veräußerung der Erbschaftssachen beschränkt[22].

d. Bestandtheile von Lehen[23], Familienfideicommissen[24], Erbgütern[25], Stammgütern[26] und landwirthschaftlichen Erbgütern[27] können nur mit Einwilligung der bei den einzelnen Güterarten als berechtigt erscheinenden Interessenten veräußert werden.

II. Das richterliche Veräußerungsverbot. Dieses kann sich auf einzelne Sachen[28] oder das ganze Vermögen einer Person beziehen[29]. Gemeinrechtlich ist die gegen ein richterliches Veräußerungsverbot unternommene Veräußerung nichtig[30]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. tritt Nichtigkeit ein, wenn das Verbot unter Androhung der Nichtigkeit erlassen ist[31]. Nach Preußischem Recht ist die gegen ein richterliches Veräußerungsverbot unternommene Veräußerung nur für denjenigen nicht verbindlich, zu dessen Gunsten es erlassen ist[32].

III. Das auf Privatwillen beruhende Veräußerungsverbot.

---

[21] Sachsen B.G.B. § 2517.

[22] Das Nähere wird unten im Erbrecht gegeben werden. Nach Oesterreichischem Recht hat der Vorerbe die Stellung des Usufruktuars A.B.G.B. § 613; Unger, E.R. § 48. Das französische Recht läßt das Erbschaftsvermächtniß nur in beschränkter Weise zu, und hat dieses eigenthümlich geregelt Zachariä § 696.

[23] Stobbe, P.R. § 124.

[24] Stobbe, P.R. § 140; Randa, Eigenthumsrecht § 8, 17.

[25] Es sind darunter nur solche zu verstehen, bezüglich deren den Berechtigten bei unconsentirter Veräußerung ein Revokationsrecht zusteht Mittermair, P.R. § 157, 29, nicht solche, bei welchen den Erben nur ein Retraktrecht gegeben ist. Das Recht der Erbgüter im ersteren Sinne hat sich nur ganz vereinzelt erhalten.

[26] Stobbe, P.R. § 137 II.

[27] Diese finden sich nur in einzelnen Landesrechten vgl. Roth, Bayr. E.R. (1) § 237.

[28] D. C.P.O. § 817.

[29] D. K.O. § 98.

[30] l. 12 D. 41. 3; l. 7 § 5 D. 41. 4; Windscheid § 172a, 4; Lang, Sachenrecht § 18, 7. 8; Erk. Stuttgart 24/5 1873 Sf. XXIX. 92; A. M. Brinz, Pandekten (2) § 134, 28.

[31] Sachsen B.G.B. § 223.

[32] Dieß ist der Standpunkt des Preußischen Rechts Achilles Ges. 125, b und des Oesterreichischen Rechts Randa, E. § 8, 29.

Digitized by Google

1. Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot hat gemeinrechtlich [33] und nach Sächsischem [34] und Oesterreichischem [35] und Französischem Recht [36] die Wirkung der Nichtigkeit der vorgenommenen Veräußerung nur wenn es dem Hauptgeschäft als Resolutivbedingung beigesetzt ist, außerdem begründet es nur eine Entschädigungsklage gegen den Zuwiderhandelnden [37], und es kann in diesem Fall demselben auch nicht durch Eintragung im Grundbuch dingliche Wirksamkeit gegeben werden [38], was auch gegen die bis-

---

[33] l. 61 D. 2. 14; l. 75 D. 18. 1; l. 135 § 3 D. 45. 1; Windscheid § 172a, 8; Brinz § 134, 13; Randa, E. § 8, 45; Erk. München 1/3 1867 Bl. XXXIII. 298; 28/3 1877 Sf. XXXIII. 201. Das letztere Erkenntniß spricht dieß auch für das Bayrische Landrecht aus und desavouirt die von Kreittmayr, Anm. 4d zu L.R. II. 2. 6 ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht. Das Gleiche wird für das Württembergische Recht angenommen Lang, S.R. § 18, II. 4.

[34] Sachsen B.G.B. § 223: „Veräußerungen . . . gegen ein in einem Vertrag mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetztes Verbot sind nichtig." Nach § 224 hat dieß gegen Dritte nur Wirkung, wenn das Verbot in das Grundbuch eingetragen ist.

[35] Randa, Eigenthumsrecht § 8, 45.

[36] Zachariä § 176, 13.

[37] Auf Grund der Bestimmung in l. 7 § 2 D. 20. 5 nach der Lesart der Florentinischen Handschrift: nullam esse venditionem ut pactioni stetur wird von manchen angenommen, daß ausnahmsweise die mit dem Hypothekgläubiger getroffene Vereinbarung ein Veräußerungsverbot mit dinglicher Wirkung erzeuge Glück, Commentar XVI. 50; Vangerow § 209, 4b; Sintenis, C.R. § 98, 16; Dernburg, Pf.R. II. § 81; Randa, Eigenthumsrecht § 8, 45. Dagegen wird von anderen auf Grund theils anderer Lesarten, theils von Emendationen der Bestand dieser Ausnahme bestritten Schmid, Handbuch § 4, 22; Arndts § 132, 5; Brinz, Pandekten (2) § 134, 10; Windscheid § 172a, 8. Unter den Landesrechten des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets hat nur Darmstadt Ges. 15/9 1858 Art. 12 die dingliche Wirkung des mit dem Hypothekgläubiger vereinbarten Veräußerungsverbotes ausgesprochen Müller, Pf.R. § 68, 2, während Weimar Pf.G. § 120, und Rudolstadt H.O. § 30 einem solchen Vertrag jede Wirkung versagen. Nach Sachsen H.G. 1843 § 73 hat ein solcher Vertrag, wenn er in das Hypothekenbuch eingetragen ist nur die Wirkung, daß der Gläubiger von der gleichwohl geschehenen Veräußerung durch die Hypothekenbehörde zu benachrichtigen ist. Diese Bestimmung ist in Sachsen B.G.B. § 224, Altenburg H.O. § 75, Reuß ä. L. H.O. § 72 und Reuß j. L. H.O. § 74 übergegangen.

[38] Ausdrücklich sprechen dieß die Note 37 aufgeführten H.O. mit Ausnahme des Darmstädtischen Rechtes aus. Die anderen H.O. haben keine darauf

Digitized by Google

herige Praxis für das Oesterreichische Recht anzunehmen ist[39]. Nach Preußischem Landrecht kann der Eigenthümer durch Privatverfügung eine ihm gehörende Sache dem Verkehr entziehen, und eine solche Verfügung hat Wirkung gegen Dritte, wenn sie diesen bekannt geworden oder in das Hypothekenbuch eingetragen ist[40].

2. Letztwilliges Veräußerungsverbot. Gemeinrechtlich[41] und nach Sächsischem[42] und Französischem Recht[43] ist das testamentarische Veräußerungsverbot, soweit es nur den Erben auferlegt ist, wirkungslos. Nach Preußischem Recht wird das ohne weitere Bestimmung ausgesprochene testamentarische Veräußerungsverbot dahin ausgelegt, daß die Sache bei der Familie des Erblassers bleiben solle[44]. Nach Oesterreichischem Recht kann ein letztwilliges Veräußerungsverbot gültig jedenfalls in Verbindung mit einer

---

bezügliche Bestimmung, so daß nach dieser die Eintragung eines gewillkürten Veräußerungsverbotes, soweit es nicht mit einer Resolutivbedingung verbunden ist, nicht als zulässig erscheint. Nur das Preußische Recht macht in dieser Beziehung eine Ausnahme unten Note 40.

[39] Exner, H.R. § 25, 15 und § 60, 10 spricht sich für die unbeschränkte Zulässigkeit der Eintragung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes in das Grundbuch aus, und die Praxis hat dieselbe bisher unbeanstandet zugelassen. Dagegen erklärt sich Randa, Eigenthumsrecht § 8, 47 f., der dieß nur dann für zulässig hält, wenn dasselbe in Form einer Resolutivbedingung beigefügt oder wenn zugleich einer dritten Person ein bedingtes oder betagtes Eigenthumsrecht eingeräumt wird.

[40] Pr. L.R. 1. 4. 14—19. Nach Preußischem Recht ist es nicht unbestritten, ob einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung beigelegt werden könne. Dafür erklären sich Heidenfeld, Immobiliarsachenrecht 109; Dernburg, P. P.R. I. § 80, 4 und Förster Eccius § 194, 24. Dagegen Förster, P. P.R. § 194, 24.

[41] Nur wenn es zu Gunsten eines Dritten erlassen ist, an welchen die Sache fallen soll, ist es gültig Windscheid § 678 Nr. 3; Erk. Dresden 18/9 1849 Sf. III. 302. A. M. Fitting, A. f. C.P. LI. 270 und Brinz, Pandekten (2) § 134, 15, welche das Veräußerungsverbot auch ohne diese Voraussetzung für wirksam halten, wenn ihm eine causa beigefügt sei s. dagegen Windscheid § 172a, 5.

[42] Sachsen B.G.B. § 223: Veräußerungen gegen ein .. in einem letzten Willen zu Gunsten eines Dritten vom Eigenthümer angeordnetes .. Verbot sind nichtig...

[43] Das Veräußerungsverbot kann giltig nur erlassen werden zur Sicherung eines dem Testator vorbehaltenen Rechtes oder einer erlaubten Begünstigung eines Dritten Aubry § 692, 33. 34; Zachariä § 692, 9.

[44] P. L.R. I. 12. 535. 536; Förster Eccius § 254, 33.

Digitized by Google

fideicommissarischen Substitution verfügt werden [45]; ob auch ohne eine solche ist bestritten [46].

§ 237.

II. Beschränkung der Theilung.

Dem Eigenthümer steht die Befugniß der Theilung theilbarer Sachen zu [1]. Ausnahmsweise kann die Theilung beschränkt sein:

1. Durch gesetzliches Verbot. Nach älterem Recht bildete bei einzelnen Güterarten das Verbot der Theilung die Regel, die Parcellirung war von Genehmigung der Administrativbehörden abhängig und nur bis zu einem bestimmten Minimalsatz gestattet [2]. In den meisten Rechtsgebieten sind diese Beschränkungen beseitigt [3], und nur vereinzelt sind sie erhalten [4].

2. Bei Miteigenthum ist der Anspruch auf Theilung dann ausgeschlossen, wenn die Fortdauer der Gemeinschaft der gemeinschaftlichen Bestandtheile sich für den Gebrauch der eigenthümlichen

[45] Oesterreich A.B.G.B. § 610; Randa, Eigenthumsrecht § 8, 33.

[46] Dafür erklärt sich Exner, H.R. § 25, 15; § 60, 10. Dagegen Randa, Eigenthumsrecht § 8, 37—40.

[1] Ueber die Theilbarkeit der Sachen vgl. oben § 77. Beschränkt ist die Theilung bei Häusern, bei welchen gemeinrechtlich und nach den meisten Landesrechten nur vertikale Theilung zulässig ist. Vgl. oben § 233, 9.

[2] Vgl. Mittermaier, P.R. § 493; Beseler, P.R. § 186; Stobbe, P.R. § 84. II.

[3] Preußen V.U. 31/1 1850 Art. 42; Förster Eccius § 171, 23. 24; Hannover Ges. über Grb.Wesen 28/5 1873 § 8; Schleswigholstein Ges. über Grb.Wesen 27/5 1873 § 29; Kurhessen Platner, S.R. § 9; Ges. 13/5 1867 Aufhebung des Güterschlusses in Fulda; Nassau Ges. 28/7 1837 Theilung von Immobilien Bertram, P.R. § 193; Bayern Ges. 11/9 1825 § 3 Roth, Bayr. C.R. (1) § 124; Sachsen Ges. 30/11 1843 Schmidt, Vorlesungen § 60 A; Ges. 13/11 1843 Verfahren bei Grundstückstheilungen; Württemberg Ges. 6/7 1812 Wächter, W. P.R. I. 849; Baden Ges. 6/4 1854; Darmstadt Ges. 18/8 1871 Art. 39; Oldenburg Ges. 24/4 1873; Weimar Ges. 4/9 1844; 3/7 1857; Meiningen Ges. 9/7 1867; Altenburg Ges. 9/4 1859; Gotha Ges. 14/3 1873; Coburg Ges. 3/7 1869; Anhalt Ges. 4/11 1875 § 3; Rudolstadt Ges. 21/3 1873; Reuß Ä. L. Ges. 20/2 1875; Reuß J. L. Ges. 2/12 1871.

[4] Lippe-Detmold Ges. 23/3 1864 § 3; Schaumburg Ges. 11/4 1870; Weimar Ges. 14/1 1860 Abtretung von Zubehörungen gebundener Güter; 11/1 1865. Theilbarkeit zusammengelegter Grundstücke; Sondershausen Ges. 16/7 1857.

Digitized by Google

Grundstücke der Theilhaber als nothwendig herausstellt[5]. Es liegt dieß vor bei gemeinschaftlichen Eingängen und Hofräumen zweier Häuser[6], bei gemeinschaftlichen Schwellen[7], bei dem Herbergsrecht für die gemeinschaftlichen Theile des Hauses[8], nach Preußischem Landrecht bei gemeinschaftlichen Winkeln[9].

3. Nach einzelnen Rechten ist der Eigenthümer in der Theilung des Hypothekenobjekts beschränkt[10].

4. Mehrere Rechte machen die Theilung gemeinschaftlicher Privatwaldungen von der Zustimmung der Forstbehörde abhängig[11].

III. Beschränkung des Gebrauchs.

§ 238.

1. Bei Grundflächen.

Der Grundsatz, daß der Eigenthümer sein Grundstück beliebig gebrauchen könne, erleidet bei Grundflächen folgende Ausnahmen[1]:

I. Verpflichtung bei schadendrohenden Veranstaltungen[2]. Gemeinrechtlich kann der Grundeigenthümer, dessen Ei-

---

[5] Erk. Stuttgart 4/2 1862 Sf. XV. 126; Aubry § 221 ter. Vgl. oben § 232, 80.

[6] l. 19 § 1 D. 10. 3; Erk. Darmstadt 20/10 1865 Sf. XXII. 138; Stuttgart 4/2 1862 Sf. XV. 126.

[7] Erk. Darmstadt 20/10 1865 Sf. XXII. 138.

[8] Vgl. oben § 233, 19.

[9] Förster Eccius § 170, 18.

[10] Vgl. unten § 309.

[11] Preußen Ges. über gemeinschaftliche Holzungen 14/3 1881; Bayern Forstgesetz 28/5 1852 Art. 20 Roth, Bayr. C.R. (1) § 124, 5; Meiningen Ges. 9/7 1854 Art. 4; Coburg Ges. 3/7 1869 Art. 2.

[1] Die in dem Wasserrecht und Bergrecht begründeten Beschränkungen werden in den betreffenden Abschnitten vorgetragen.

[2] Der Cautio damni infecti wird von Becker, Eigenthumsbeschränkungen 172 die Eigenschaft als Eigenthumsbeschränkung abgesprochen; s. dagegen Windscheid § 169, 16. Als Eigenthumsbeschränkung fassen sie auf Pagenstecher, Eigenthum I. 104; Arndts § 131 Anm. Nr. 9; Erk. Celle 14/2 1879 Sf. XXXV. 287. Mir scheint für das gemeine Recht dieser Gesichtspunkt deßhalb gerechtfertigt, weil dadurch indirekt ein Verbot gegeben ist, Veranstaltungen auf dem eigenen Grundstück in der Art einzurichten, daß sie dem

Digitized by Google

genthum in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit des Nachbargrundstücks oder in Folge von nicht eine Immission bewirkenden Handlungen, die der Nachbar auf seinem Grundstück vornimmt, beschädigt wird, nicht einen direkten Ersatzanspruch, sondern nur ein Retentionsrecht an den in sein Eigenthum gefallenen Sachen geltend machen [3]. Ein Ersatzanspruch steht ihm nur zu, insofern ihm von dem Eigenthümer des betreffenden Grundstücks Sicherheit für Ersatz des künftigen Schadens geleistet ist (cautio damni infecti) [4]. Die gemeinrechtliche Geltung, die früher vielfältig bezweifelt wurde, ist jetzt allgemein anerkannt [5]. Voraussetzung ist, daß aus dem Grundstück [6] des Beklagten für den Kläger ein Schaden drohe, dessen Ersatz mit einem andern Rechtsmittel nicht verfolgt werden kann [7]. Der Schaden, für dessen Ersatz Sicher-

---

Nachbarn zum Schaden gereichen können. Die Entwicklung dieses Instituts in den neueren Landesrechten hat den Standpunkt der Eigenthumsbeschränkung noch bestimmter ausgebildet.

[3] Burkhard, Caution 9—31; Windscheid § 458, 4. Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs ist davon abhängig, daß die Caution geleistet ist Erk. Stuttgart 31/1 1862 Sf. XVII. 51; München 2/11 1874 Sf. XXXI. 334; Lübeck 23/9 1873 Sf. XXXII. 247; Berlin 15/3 1877 Sf. XXXIII. 30 (Hessen); Wiesbaden 1863 Nass. A. IV. 328; Hesse, Rechtsverhältnisse § 18, 159; Windscheid § 458, 2.

[4] Burkhard, die cautio damni infecti 1875; Hesse, Rechtsverhältniße der Grundstücksnachbarn (2) § 1—27; Windscheid § 458—460; Roth, Bayr. C.R. (1) § 125 Nr. 1; Lang, Sachenrecht § 67; Bertram, P.R. § 209; Platner, Sachenrecht § 11 Nro. 3; Curtius, C.R. § 1214—1217. Die cautio damni infecti ist auch dinglich Berechtigten, die nicht Eigenthümer sind, und gegen andere Berechtigte als die Eigenthümer gegeben. Hier wird sie nur in Betracht gezogen, insoferne sie unter Grundstücksnachbarn statt hat. Eine ausführliche Darstellung des Rechtsmittels wird unten im Obligationenrecht folgen.

[5] Burkhard, Caution 630—640; Erk. Stuttgart 31/1 1861 Sf. XVII. 51; Berlin 8/2 1875 Sf. XXXI. 144 (Nassau); Jena 6/6 1862 Sf. XXI. 11; Wiesbaden 1859 Nass. A. V. 237; Kurhessen Platner § 11, 21. Gesetzlich anerkannt ist das Institut in Bayr. L.R. IV. 16. 10 und Hohenlohe L.R. III. 22. 6 Roth, Bayr. C.R. (1) § 125.

[6] Es beschränkt sich dieß auf Grundstücke und ist nicht analog anwendbar auf Flüsse Erk. Celle 28/11 1854 Sf. IX. 35 (Dampfschiffahrt).

[7] Der Anspruch auf cautio damni infecti ist nur subsidiär Burkhard, Caution 250. 269; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 17; Windscheid § 459, 28; Erk. Berlin 19/7 1870 J.M. 1. 99 (Ehrenbreitstein); München 4/2 1873 Sf. XXXIII. 28.

Digitized by Google

heit geleistet werden soll, kann darauf beruhen, daß durch fehlerhafte [8] Beschaffenheit der Sache [9] oder der darauf befindlichen Anlagen [10] eine Beschädigung des Nachbargrundstücks herbeigeführt wird [11]. Ebenso kann aber Sicherstellung verlangt werden, wenn jemand durch Veranstaltungen auf einem Grundstück [12] eine Einwirkung auf die Substanz [13] des Nachbargrundstücks ausübt, welche den Eigenthümer desselben oder den sonst Berechtigten positiv zu

---

[8] Dagegen kommt der Schaden, der in der natürlichen Beschaffenheit der Sache seinen Grund hat, nicht in Betracht l. 24 § 2 D. 39. 2; Windscheid § 458, 6; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 9, 66.

[9] Vitium loci l. 18 § 2; l. 24 § 2 D. 39. 2. Daß die Caution auch bei Beschädigung durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines Grundstücks allein (locus), die durch gewöhnliche Sorgfalt und Thätigkeit beseitigt werden könnte, gefordert werden könne, ist gegen die Meinung von Burkhard, Caution 147 f. von Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 9 überzeugend nachgewiesen. Anwendungsfälle sind: drohendes Herabstürzen von Bäumen l. 24 § 9 D. 39. 2; Felsstücken Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 9, 70; eines Abhangs Erk. Stuttgart 31/1 1862 Sf. XVII. 51.

[10] Vitium aedium, operis l. 24 § 12 D. 39. 2. Anwendungsfälle sind: Gefahrdrohende Bauwerke l. 19 § 1 D. 39. 2; Erk. Stuttgart 31/1 1862 Sf. XVII. 51; Berlin 29/10 1878 J.M. IX. 96 (Nassau); Düngergruben l. 17 § 2 D. 8. 5.

[11] Burkhard, Caution 135 f.; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 8—10; Windscheid § 458,6. 7; Lang, Sachenrecht § 67, 6. 7.

[12] Es wird dabei eine Veranstaltung vorausgesetzt, welche in ihren Wirkungen die Eigenthumsgrenze nicht überschreitet, da in dem letzteren Fall die actio negatoria gegeben ist oben § 230, 54 Burkhard, Caution 249.

[13] Es muß eine schädigende Einwirkung auf das Grundstück selbst stattfinden Burkhard, Caution 236; Erk. München 4/2 1873 Sf. XXXIII. 28. Als Beispiel wird angeführt: Bedrohung der Nachbarmauern durch Graben in den Untergrund l. 24 § 12 D. 39. 2; Windscheid § 169, 17; Schäffer, A. f. Pr. R.W. II. 272—294; Erk. Wolfenbüttel 10/2 1871 Sf. XXV. 219; München 2/11 1874 Sf. XXXI. 334. Nicht genügend zur Begründung ist das Entgehen eines thatsächlichen Vortheils, z. B. Verbauen des Lichts l. 26 D. 39. 2; Erk. Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273; Graben eines Brunnens, der dem Nachbar das Wasser entzieht l. 24 § 12 D. 39. 2; Erk. Dresden 21/1 1864 Sf. XVIII. 12; Wolfenbüttel 12/7 1870 Sf. XXVI. 107; Windscheid § 460, 5; vgl. oben § 230, 38. Ebensowenig genügt es, daß durch Veranstaltungen des Nachbars eine Belästigung eintritt, z. B. durch Erregung von Lärm Burkhard, Caution 234, 6 oder Betreiben eines die Nachbarn belästigenden Gewerbes Erk. München 4/2 1873 Sf. XXXIII. 28.

Digitized by Google

beschädigen droht[14]. Sind diese Voraussetzungen vorhanden[15], so kann der vom Schaden Bedrohte[16] Sicherstellung verlangen[17]. Der Antrag wird im gewöhnlichen Proceßverfahren verhandelt[18]. Die Zeitdauer, für welche Sicherheit zu leisten ist, wird richterlich festgesetzt[19]. Von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung kann sich der Beklagte durch Preisgeben des Grundstücks befreien[20]. Hat der Beklagte die Sicherheit geleistet, so kann der Beschädigte, wenn der Schaden innerhalb der Zeit, für welche Sicherheit geleistet wurde, eingetreten ist, den Ersatz klagweise geltend machen[21]. Hat der Beklagte die Sicherheitsleistung verweigert, so sollte nach römischem Recht, wenn der Schaden auf der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache beruhte (vitium aedium), die Immission des Klägers in den Besitz der Sache stattfinden (missio ex primo et secundo decreto)[22], während bei Handlungen des Beklagten (vitium operis) obrigkeitliches Verbot eintrat[23]. Das Missionsverfahren ist indessen nicht mehr in Uebung[24], es wird vielmehr

[14] Burkhard, Caution 235. Es ist nicht genügend, daß durch die Veranstaltungen des Nachbars das Eigenthum im Werth sinkt Burkhard, Caution Erk. Celle 29/4 1879 Sf. XXXV. 32.

[15] Es ist Sache des Richters zu entscheiden, ob der Fall der Gefährdung bereits vorliege Erk. Berlin 19/11 1870 F.M. I. 98 (Holstein).

[16] Dieß ist der Eigenthümer des betreffenden Grundstücks l. 5 § 2 l. 20 D. 39. 2. Diesem steht der redliche Besitzer gleich, was aber bestritten ist s. Windscheid § 459, 3; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 12; Burkhard, Caution 306—319; ferner der Superficiar, Nießbraucher und Pfandgläubiger Windscheid § 459, 4; Burkhard, Caution 277 f. ja selbst gewisse obligatorisch Berechtigte Windscheid § 459, 5—7; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 11.

[17] Der Eigenthümer und redliche Besitzer hat nur durch einfaches Versprechen Sicherheit zu leisten l. 7 pr. D. 39. 2; Erk. Wiesbaden 1859 Nass. A. V. 239. Wird der Anspruch gegen einen andern als den Eigenthümer geltend gemacht, so ist die Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten l. 9 § 4. 5 D. 39. 2; Burkhard, Caution 461; Windscheid § 459, 14.

[18] Burkhard, Caution 662; Erk. Lübeck 16/2 1873 Sf. XXXIII. 228.

[19] l. 28. 29. 37 D. 39. 2; Windscheid § 459, 18.

[20] l. 17 § 1 l. 9 pr. D. 39. 2; Windscheid § 458, 5.

[21] Burkhard, Caution 516. 525; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 21. Der Beklagte kann sich, wenn die Schadensersatzklage gestellt ist, nicht mehr durch Aufgeben seines Eigenthums befreien Burkhard, Caution 516, 22.

[22] Vgl. über dieses Verfahren Burkhard, Caution 532—571; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 22—24; Windscheid § 459 Nr. 4.

[23] Burkhard, Caution 523—531; Windscheid § 460, 7.

[24] Die heutige Anwendbarkeit sucht ausführlich zu begründen Burkhard,

Digitized by Google

nach neuerem Recht die Caution durch richterlichen Ausspruch als bestellt erachtet[25].

Dem gemeinen Recht ähnlich ist das Oesterreichische Recht. Nach diesem kann der Besitzer einer Sache oder eines dinglichen Rechts, der nachweisen kann, daß ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache dem Einsturz nahe sei, gerichtlich auf Sicherstellung dringen[26]. Dagegen kennen das Preußische, Sächsische und Französische Recht die cautio damni infecti nicht, nach diesem kann vielmehr der Eigenthümer für den durch Veranstaltungen auf seinem Grundstück veranlaßten Schaden direkt verantwortlich gemacht werden[27].

II. Verpflichtung hinsichtlich des Wasserlaufs.

Caution 641 f. Als dem geltenden Recht angehörend behandeln dasselbe Bangerow § 678 Anm. Nr. VII; Windscheid § 459 Nr. 4; Holzschuher, Theorie § 328 Nr. 4. Gegen die Anwendbarkeit erklären sich Reinhard, A. f. C.Pr. XXX. 247; Glück, Comment. XVIII. 266; Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 27. Gegen die Anwendbarkeit des Rechtsmittels spricht, daß dasselbe in größeren Rechtsgebieten beseitigt ist. Im Gebiet des sächsischen Rechts war es nie recipirt s. den Nachweis bei Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 27. 245. In Bayern ist es durch Bayr. L.R. IV. 16, 10 Nr. 2 und G.O. 1753 V. 10 Nr. 7 beseitigt. Ein Fall der Anwendung läßt sich aus neuerer Zeit nicht nachweisen Hesse, Rechtsverhältniß (2) 152. Beiläufige Erwähnungen wie in den bei Burkhard, Caution 644, 94. 96 citirten Rechtsfällen sind nicht entscheidend. Schon Kreittmayr, Anm. c zu L.R. IV. 16. 10 bemerkt, daß das Missionsverfahren „heutzutag an wenig Orten mehr üblich ist".

[25] Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 27, 245; Sintenis, C.R. § 127, 45.

[26] Oesterreich A.B.G.B. § 343. Indessen ist auch nach Oesterreichischem Recht bei Verschuldung des Eigenthümers die Schadensersatzpflicht nicht von vorgängiger Caution abhängig Randa, Besitz § 7 b, 1 a und Eigenthumsrecht § 6, 16; Kirchstetter, Commentar 175. Auch nach Oesterreichischem Recht erscheint daher das ganze Institut unpraktisch.

[27] Pr. L.R. I. 8. 37—63; Förster Eccius § 171, 19; Dernburg P. P.R. I. § 219; Sachsen B.G.B. § 351. 360; C. c. Art. 1386 Zachariä § 448 b; Aubry § 194, 2. Nach Baden L.R. Art. 1386 a kann bei besorglicher Gefahr eines Schadens der Nachbar auf Wegschaffung des Baufälligen oder Sicherheitsleistung für dessen Unschädlichkeit dringen. Das Preußische Landrecht giebt dem von Schaden bedrohten Eigenthümer nicht direkt ein Klagerecht auf Beseitigung des Uebelstandes; mit Recht wird dieß jedoch angenommen A.G. Glogau bei Gruchot II. 70; Dernburg P. P.R. I. § 219, 10. A.M. der Aufsatz bei Gruchot II. 75. Auf Schadensersatz hat der Eigenthümer des beschädigten Grundstücks Anspruch Pr. L.R. I. 6. 10 und 26 Förster Eccius § 152, 4; Gruchot, Beiträge VI. 127.

Digitized by Google

Nach gemeinem Recht[28], mit welchem das Sächsische[29], Oesterreichische[30] und Französische Recht[31] im Princip übereinstimmen, hat der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks die Vorfluth zu gestatten, welcher letztere jedoch einseitig keine Abänderungen des natürlichen Wasserablaufs vornehmen darf. Gemeinrechtlich ist dieß nur für Regenwasser begründet, in den meisten Rechtsgebieten ist es jedoch durch die neueren Wassergesetze auf Quellwasser ausgedehnt[32]. Hievon weicht das Preußische Recht in

[28] Windscheid § 169, 11 und § 473; Hesse, Jahrb. f. Dogm. VII. 216 und Rechtsverhältniße (2) § 28—44; Stobbe, P.R. § 85, 15; Beseler, P.R. § 200, 31; Lang, Sachenrecht § 26 und 66; Bertram, P.R. § 201—203; Endemann, ländliches Wasserrecht § 21; Platner, Sachenrecht § 10, 1. Nach dem Bayr. W.G. 28/5 1852 Art. 34. 37 darf der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks den Wasserablauf nicht hindern, der des höher liegenden Grundstücks darf jedoch dem Wasser, das auf seinem Grundstück entspringt oder sich darauf natürlich sammelt, keine den natürlichen Ablauf ändernde Leitung geben Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, 14. Becker, Eigenthumsbeschränkungen 185 spricht der aquae pluviae arcendae actio die Eigenschaft als Eigenthumsbeschränkung ab und will nur die Erweiterung derselben, nämlich die Befugniß des Eigenthümers, die Beseitigung der Hindernisse des natürlichen Wasserlaufs auf dem Nachbargrundstück vorzunehmen, als gesetzliche Servitut anerkennen. Nach meiner Meinung liegt darin eine doppelte Eigenthumsbeschränkung, die Verpflichtung der Nachbarn, den natürlichen Wasserablauf nicht zu ändern und das Recht, die Hemmniße auf dem Nachbargrundstück zu beseitigen. In der Fortbildung des Instituts in den neueren Landesrechten tritt dieß mit Bestimmtheit hervor.

[29] Nach Sachsen B.G.B. § 354—356 hat das niedriger liegende Grundstück den Wasserabfluß von dem höheren zu dulden; keiner von beiden Betheiligten darf einseitig Abänderungen des natürlichen Wasserablaufs vornehmen und jeder hat auf seinem Grund und Boden die Beseitigung der Hindernisse desselben dem Nachbar zu gestatten Schmidt, Vorlesungen § 68 Nr. 4.

[30] Nach Oesterreich W.G. 30/5 1869 Art. 11 darf der Eigenthümer eines Grundstücks den natürlichen Abfluß der über dasselbe fließenden Gewässer nicht einseitig ändern und der Eigenthümer des unteren Grundstücks darf keine Veranstaltungen treffen, durch welche dieser natürliche Ablauf gehindert wird Randa, Wasserrecht 36, 1.

[31] C. c. Art. 640 Aubry § 240; Zachariä § 235. Der niedriger liegende Eigenthümer hat die Verpflichtung, den natürlichen Ablauf des Wassers aus dem höher liegenden Grundstück zu dulden und keiner der beiderseitigen Eigenthümer darf Veranstaltungen treffen, durch welche der natürliche Ablauf geändert wird.

[32] Nach römischem Recht galt dieß für den Ablauf des Regen- und

Digitized by Google

sofern ab, als es den Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks zur Aufnahme des abfließenden Wassers nur dann verpflichtet, wenn der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks dasselbe in anderer Weise nicht entwässern kann, und als es eine Verpflichtung, jede Aenderung des natürlichen Wasserablaufs zu unterlassen, für keinen der beiden Eigenthümer anerkennt[83].

III. Entfernung von der Grenze. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer die Befugniß, unter Einhaltung der Grenzlinie der Oberfläche auf seinem Grundeigenthum beliebige Veranstaltungen zu treffen, ohne daß er eine bestimmte Entfernung einzuhalten verbunden wäre[84]. Dagegen hatten ältere deutsche Statuten vielfältig Bestimmungen darüber getroffen, daß der Eigenthümer mit bestimmt bezeichneten gefährlichen oder belästigenden Anstalten eine bestimmte Entfernung von der Grenze einhalten müsse[85]. Insbesondere war in dem Rechtsgebiet des sächsischen Rechts das Verbot, Oefen, Kloaken und Schweineställe näher als drei Fuß von der Grenze anzulegen, anerkannt[86]. Mehrfach finden sich ähnliche Beschränkungen in einzelnen Landesrechten des

---

Schnee-Wassers für sich oder in der Vermischung mit anderem ablaufendem Wasser l. 1 pr. D. 39. 3. In Folge der Umgestaltung unseres Wasserrechts ist dieser Satz auf jeden Wasserablauf ausgedehnt, was nach römischem Recht nicht der Fall war Aubry § 240, 5.

[83] Förster Eccius § 170, 55 f. Das Nähere wird im Wasserrecht dargestellt werden.

[84] Die Bestimmungen der l. 13 D. 10. 1, welche für die Herstellung von Brunnen, das Pflanzen von Bäumen und für andere dort bezeichnete Anlagen eine bestimmte Entfernung von der Grenze vorschreiben, sind in das bei uns geltende Recht nicht übergegangen Stobbe, P.R. § 86, 10; Erk Darmstadt 13/5 1843 Sf. VII. 281; Jena Sf. XXXV. 4; Wolfenbüttel 25/9 1861 Z. f. Br. IX. 56; Kiel 26/4 1845 Sf. V. 107; Glückstadt 15/10 1852 Anz. 53. 82; vgl. unten § 239, 2. Auf diesem Standpunkt steht das Oesterreichische Recht Randa, E. § 5, 23. 24.

[85] s. d. Uebersicht bei Stobbe, P.R. § 86, 10.

[86] Es beruht dieß auf Ssp. 51, 1 und ist noch jetzt in dem Rechtsgebiet des gemeinen Sachsenrechts als geltend anerkannt Heimbach, P.R. § 189, 2; § 203, 7; Völker, Handbuch § 120, 3; Erk. Jena 1845 Emminghaus, Pandekten S. 448 Nr. 12; 1868 Bl. f. Thür. XV. 235. Die Bestimmung wird ebenso in dem Rechtsgebiet des Sachsenspiegels in Holstein beobachtet Erk. Glückstadt 9/2 1852 Anz. 52. 220; Ipsen, über Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857, 90; Falck, Handbuch V. § 113, 73. Auf Bäume findet dieß keine Anwendung Erk. Glückstadt 15/10 1852 Anz. 53. 82.

Digitized by Google

gemeinrechtlichen Rechtsgebiets bestimmt[37]. Nach Preußischem Landrecht sind für einzelne im Gesetz bezeichnete Veranstaltungen bestimmte Entfernungen vorgeschrieben[38]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. dürfen solche Anlagen nur in solcher Entfernung von der Grenze oder unter solchen Vorkehrungen angelegt werden, daß sie dem Grundstück des Nachbarn keinen Schaden bringen, insbesondere auf Gebäude, Grenzmauern und Brunnen keinen nachtheiligen Einfluß äußern[39]. Nach französischem Recht dürfen Bäume und Sträucher nur in einer durch Verordnung oder ständige Uebung bestimmten Entfernung von der Grenze gepflanzt werden. In Ermanglung einer solchen Bestimmung ist der Zwischenraum von zwei Meter für größere, von 1½ Meter für kleinere Bäume einzuhalten[40]. Der Grundeigenthümer, der Anstalten errichtet, die für das Nachbargrundstück schädlich sein können[41], hat dieselben in der durch Ortsrecht oder Ortsgebrauch bestimmten Entfernung von der Grenze zu halten, oder sie so einzurichten, daß sie dem Nachbar nicht schaden[42].

IV. Betreiben unleidlicher Gewerbe. Der Eigen-

---

[37] So Kurhessen Bauordnung 1784 Plainer, Sachenrecht § 10, 11—19; Bayrische Statuten bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 125 III; Württemberg Bauordnung 6/10 1872 Lang, Sachenrecht § 24. 25; Braunschweig Gartengeschwornenordnung 2/6 1559 § 5. 6. 21. 26 Z. f. Br. XXII. 169; Lübeck St. III. 12. 10 Wilmowski Lüb. R. § 16; Lübeck Bauordnung 23/5 1881 § 72; Hamburg St. II. 20. 13 Baumeister P.R. § 21, 9; Nassau V. 22/1 1851 Feldfrevelordnung 19/2 1863 § 29—33 Bertram, P.R. § 214; Erk. Wiesbaden 1862 Nass. A. IV. 124; Trier L.R. XXII. 10.

[38] Vgl. Stobbe, P.R. § 86, 10. Es gilt dieß von Bäumen und Weinreben Pr. L.R. I. 8. 124; II. 15. 247; Förster-Eccius § 170, 20. 54; Schweineställen, Kloaken und anderen den Gebäuden schädlichen Anlagen Pr. L.R. I. 8. 125—127; Förster Eccius § 170, 21; Rinnen und Kanälen Pr. L.R. I. 8. 128 Förster Eccius § 170, 22; Brunnen Pr. L.R. I. 8. 129—131 Förster Eccius § 170, 23; Bodenerhöhungen und Bodenvertiefungen Pr. L.R. I. 8. 185—188 Förster Eccius § 170, 52. 53.

[39] Sachsen B.G.B. § 359.

[40] C. c. Art. 671—673; Zachariä § 241.

[41] C. c. Art. 674 führt derartige Anstalten auf; die Französische Jurisprudenz betrachtet diese Aufführungen jedoch nur als Beispiele, und überläßt es dem Richter, das denselben zu Grund liegende Princip auf ähnliche Fälle anzuwenden Zachariä § 243, 4.

[42] C. c. Art. 674 Zachariä § 243.

Digitized by Google

thümer ist an dem Betreiben von Gewerben nicht gehindert, auch wenn der Gewerbbetrieb durch Lärm für die Nachbargrundstücke belästigend ist[43]. Einzelne Statuten beschränken jedoch den Betrieb lärmender Gewerbe (der s.g. unleidlichen Gewerbe) im Interesse des Nachbarn[44].

V. Durch die Forstgesetze ist die Waldbenützung Beschränkungen unterworfen, indem theils die im Eigenthum von öffentlichen Korporationen stehenden Waldungen der Oberaufsicht des Staats unterstellt sind, theils die Eigenthümer von Privatwaldungen im öffentlichen Interesse den durch die Forstordnungen vorgeschriebenen Beschränkungen der Benützung unterliegen[45].

---

[43] Gegen Erregung von Lärm findet kein Rechtsmittel statt vgl. oben § 230, 58 und es steht daher dem lärmenden Gewerbbetrieb von dem Standpunkt des Nachbarrechts aus nichts im Weg Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, 28, Erk. Dresden 20/8 1857 Sf. XII. 123 und oben § 230, 52. Dieß gilt auch nach Hamburgischem Recht Baumeister, P.R. § 21, IV und nach Preußischem Recht Förster Eccius § 169, 38.

[44] s. Bayrische Statuten bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, 29. Weitgehende Beschränkungen enthält Lübeck St. III. 12. 11 und 12, über welche zu vergleichen Falk, P.R. V § 113, 75 Ipsen, über Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857. 105. Diese waren durch V. 21/11 1859 für Lübeck selbst aufgehoben und in den Städten Lübischen Rechts in Alt- Vor- und Hinterpommern beseitigt Erk. O.Tr. Berlin 19/10 1840 Entsch. VII. 170 und sind nun durch Reichsgesetz 4/11 1874 allgemein aufgehoben. Die Französische Jurisprudenz neigt sich einer Anerkennung der Beschränkung zu Aubry § 194, 7.

[45] Vgl. Mittermair, P.R. § 206; Beseler, P.R. § 198; Stobbe, P.R. § 84. III; Preußen V. 24/12 1816 für Sachsen, Westfalen, Cleve, Berg und Niederrhein Waldungen von Corporationen; Ges. 6/7 1875 die Schutzwaldungen; 14/8 1876 Verwaltung der den Gemeinden und öffentlichen Anstalten gehörigen Holzungen in den östlichen Provinzen; Ges. 14/3 1881 über gemeinschaftliche Holzungen Förster Eccius § 171, 12. 13; Dernburg P. P.R. I. § 217 Nr. 3; Bayern Forstgesetz 28/5 1852 Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, V; Württemberg Forstpolizeigesetz 8/9 1879; Baden Forstgesetz 15/11 1833 mit Abänderungen 6/3 1845 und 27/4 1854; Muncke, das badische Forstgesetz in seiner jetzigen Gestalt 1874; Hessen-Darmstadt Forstordnung 16/11 1811; V. 3/8 1811; Hoffmann, Zusammenstellung der Gesetze über das Forstwesen 1833; Handbuch der Gesetze im Forststrafwesen 1863; Braunschweig Ges. 30/4 1861 Ausübung der Forsthoheit über Privatforsten; Forststrafgesetz 1/4 1879; Meiningen Forstordnung 29/5 1856; Forstgesetz 23/12 1874; Rudolstadt Regulativ 18/3 1840 Verwaltung der Gemeinde-, Kirchen-, Pfarr- und Schulwaldungen; Ges. 10/3 1840 Beaufsichtigung der Privatwaldungen; Sondershausen Ges. 3/7 1858 Bewirth-

Digitized by Google

VI. Beschränkung durch das Festungsrayongesetz[46]. Durch das Festungsrayongesetz 21/12 1871 ist für den ganzen Umfang des deutschen Reichs das Grundeigenthum in der Umgebung von Festungen in folgender Weise beschränkt:

1. In der nächsten Umgebung der bereits vorhandenen und der in Zukunft anzulegenden permanenten Befestigungen werden zum Behuf der Regulirung der Eigenthumsbeschränkungen die Grundflächen je nach der Entfernung von der äußersten Vertheidigungslinie in drei Rayons getheilt, deren Feststellung auf Grund eines Rayonplanes von Seiten der competenten Militärbehörden durch ein Aufgebotsverfahren erfolgt, wobei das Ergebniß in ein Rayonkataster eingetragen wird[47].

2. Mit der definitiven Feststellung des Rayonplanes tritt die Eigenthumsbeschränkung von selbst ein[48]. Diese besteht darin, daß innerhalb der einzelnen Rayons gewisse durch das Gesetz bezeichnete Anlagen von dem Eigenthümer überhaupt nicht, andere nur nach ertheilter Genehmigung der zuständigen Behörde gemacht werden dürfen. Bei Zuwiderhandlung ist der Eigenthümer zur Beseitigung der unzulässigen oder ungenehmigten Anlagen verbunden, und es wird dieselbe eventuell auf seine Kosten polizeilich entfernt[49].

3. Insoweit in Folge des Rayongesetzes das Eigenthum in der Umgebung von Festungen bisher nicht begründeten Beschränkungen unterworfen wird[50], hat der Eigenthümer Anspruch auf Entschädigung, deren Bestimmung durch das Rayongesetz näher

---

schaftung der Gemeindewaldungen; 21/12 1870 Schutz der Holzungen; Reuß Ä. L. V. 13/12 1870 Bewirthschaftung der Holzungen; Reuß J. L. V. 27/12 1870 Schutz der Holzungen.

[46] Vgl. Laband, Deutsches Staatsrecht § 95; Dernburg P. P.R. I. § 217 Nr. 6.

[47] Rayongesetz § 13—20.

[48] Dernburg, P. P.R. I. § 217, 16. Nach Rayongesetz § 8 ist bei Neuanlagen von Befestigungen die Eigenthumsbeschränkung für die Umgebung mit der Setzung der Rayonsteine gegeben vgl. Erk. R.O.H.G. 29/5 1874 Entsch. XIII. 96.

[49] Rayongesetz § 32.

[50] Voraussetzung ist dabei, daß das Eigenthum neuen bisher nicht bestandenen Beschränkungen unterworfen wird. In schon bestehenden Festungen wird daher Erweiterung oder Neuanlage von Befestigungen vorausgesetzt Erk. München 29/4 1880 Sf. XXXV. 217.

Digitized by Google

geregelt ist[51] und die regelmäßig durch Zuweisung einer Rente erfolgt[52].

4. Mit Aufhebung der Festungsanlage cessirt die Eigenthumsbeschränkung, wobei der Eigenthümer keinen Anspruch auf Fortentrichtung der noch laufenden Rente hat[53].

---

§ 239.

2. Bei Gebäuden[1].

I. Errichtung von Gebäuden. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer nicht die Verpflichtung, bei der Errichtung von Gebäuden auf die Nachbargrundstücke eine weitere Rücksicht zu nehmen, als daß er seine Grenze nicht überschreitet; er kann da-

---

[51] Rayongesetz § 35—38. Ueber das Verfahren vgl. Rayongesetz § 39 bis 42. Vgl. Regelsberger, über die Berechnung der Ersatzsumme nach § 35 des R.G. 21/12 1871 in Hirth, Annalen 1880 241—254.

[52] Rayongesetz § 36. Beträgt die Werthverminderung mindestens ein Drittel des bisherigen Werthes, so kann der Eigenthümer nach seiner Wahl Entschädigung in Capital fordern.

[53] Rayongesetz § 36.

[1] Ueber Baurecht vergleiche Michaelis zusammengetragene allgemeine Baurechte 1781; Scholz III. das Baurecht 1839; Matthiä, Praxis des Baurechts 1863; Buddeus in R.L. IV. 4. 50. Preußen Grein, Rechtsverhältnisse der Nachbarn in Bauangelegenheiten 1842; Grein, das Baurecht 1863; Döhl, Repertorium des Baurechts 1866; Rönne, die Baupolizei des Preußischen Staats 1872; Müller, das Baurecht in den landrechtlichen Gebieten Preußens 1883; Rheinprovinz Raschdorff, das Baurecht in der Preußischen Rheinprovinz 1869; Frankfurt Baugesetze und Bauverordnungen von Frankfurt in Oven Gesetze und Statuten III. 1873; Bayern Schmädel, Handbuch der im Gebiet der Baupolizei ... bestehenden Gesetze Augsburg 1846; das Bauwesen im K. Bayern 1873 Roth, Bayr. C.R. § 121, 7; Sachsen Leuthold, das k. sächsische Baupolizeirecht 1875; Württemberg Bitzer, die neue allgemeine Bauordnung für Württemberg 1872; Baden Hoffinger, Sammlung Badischer Baugesetze 1852; Sachsen-Weimar Rohlig, das Bauwesen 1855. Von neueren Bauordnungen, die nicht bloß baupolizeiliche Vorschriften enthalten sind zu nennen Rudolstadt B.O. 11/2 1868; Württemberg B.O. 6/10 1872 mit der in der Hauptsache Anhalt B.O. 14/4 1881 übereinstimmt; Braunschweig B.O. 15/6 1876; Darmstadt B.O. 30/4 1881; Sondershausen B.O. 12/5 1881; Lübeck B.O. 16/5 1881; Hamburg B.O. 23/6 1882.

Digitized by Google

her unmittelbar an der Grenze und so hoch bauen als er will[2]. Der gleiche Grundsatz gilt nach Sächsischem[3], Oesterreichischem[4] und Französischem Recht[5], nicht aber nach Preußischem Recht[6]. Hievon sind folgende Ausnahmen begründet:

1. Nach der Württembergischen Bauordnung 6/10 1872[7] steht den Gemeindebehörden die Befugniß zu, mit Genehmigung der Regierungsbehörde durch Statut neue Ortsbaupläne mit Straßenlinien festzustellen und bestehende Ortsbaupläne abzuändern[8]; der so bestimmte Ortsbauplan ist für die Bebauung sowie die Veränderung bestehender Bauwesen maaßgebend[9]. Der Eigenthümer kann, wenn das Grundstück zu einem öffentlichen Platz

---

[2] In l 13 D. 10, 1 sind die Bestimmungen der Solonischen Gesetzgebung wiederholt, wonach Gebäude nur in einer Entfernung von 2′ von der Grenze errichtet werden durften. Diese Bestimmung hatte früher wahrscheinlich praktische Geltung Becker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrb. V. 188; Böcking, Pandekten § 140, 19. Nur vereinzelt wird ihr diese noch jetzt zugeschrieben Pagenstecher, Eigenthum I. 117; Schmid, Handbuch § 3, 42; Präjudiz Celle 8/1 1845 Sf. V. 141; überwiegend wird sie ihr abgesprochen Windscheid § 169, 4; Sintenis, C.R. § 47, 33; Vangerow § 297 Anm. 12; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 122—125; Stobbe, P.R. § 86, 10; Erk. Kiel 26/4 1845 Sf. V. 107; Darmstadt 13/5 1843 Sf. VII. 281; Wolfenbüttel 18/12 1854 Z. f. Br. II. 9 unter Abänderung des früher beobachteten entgegenstehenden Gerichtsgebrauchs; Jena 13/5 1841 Sf. XXXV. 4. Damit stimmen auch die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 126, 2 angeführten Bayrischen Statuten und die Württembergische Bauordnung 6/10 1872 Art. 56 Lang, Sachenrecht § 24, 2 mit der Note 12 angeführten Ausnahme überein; ebenso Lübeck, Bauordnung 23/5 1881 § 62.

[3] Sachsen B.G.B. § 352 vgl. mit § 359.

[4] Randa, E. 5, 24. Dieß folgt aus A.B.G.B. § 364, da das Gesetz keine Beschränkung aufführt.

[5] In C. c. Art. 677 ist die Befugniß des Eigenthümers auf der Grenze zu bauen ausdrücklich anerkannt Vgl. unten Note 33.

[6] Das Pr. L.R. I. 8. 141 spricht zwar aus, daß Jeder in der Regel auf seinem Grund und Boden so nahe an der Grenze und so hoch bauen dürfe, als er es für gut findet, schreibt jedoch für alle Bauten eine Entfernung von wenigstens 1½′ von der Grenze vor vgl. unten Note 18.

[7] Die Bestimmungen der Württembergischen B.O. über Feststellung der Ortsbaupläne sind in der Hauptsache in die Anhaltische B.O. 14/4 1881 § 2—13 aufgenommen.

[8] B.O. Art. 4. 5.

[9] B.O. Art. 6. 7. 21.

Digitized by Google

bestimmt ist, verlangen, daß die Gemeinde dasselbe erwerbe [10], und hat Anspruch auf Entschädigung, nur wenn er zum Behuf der Durchführung des Ortsbauplanes zur Abänderung eines bereits bestehenden Gebäudes genöthigt ist [11]. Wird in Gemäßheit des Ortsbauplanes der Wiederaufbau eines Bauwesens auf der Grundfläche eines bisher bestehenden Bauwesens untersagt, so kann der Eigenthümer verlangen, daß die Gemeinde die zu dem Platz oder der öffentlichen Straße erforderliche Grundfläche erwerbe [12]. Nach dem in der ganzen Monarchie geltenden Preußischen Gesetz 2/7 1875 [13] steht es den einzelnen Gemeinden zu, innerhalb ihres Bezirks Baufluchtlinien zu bestimmen, gegen deren Ueberschreitung den Gemeindebehörden ein Verbietungsrecht zusteht [14]. Die Feststellung erfolgt durch die Gemeindebehörden [15]. Entschädigung wird den betroffenen Grundeigenthümern nur gewährt für die Enteignung des in die Straßenfluchtlinie planmäßig fallenden Terrains, für das Niederlegen der in die Straßenflucht fallenden Gebäude und wenn die Fluchtlinie einer projektirten Straße ein unbebautes aber zur Bebauung geeignetes Grundstück trifft, welches zur Zeit der Feststellung der Fluchtlinie an einer bereits bestehenden und für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig gestellten anderen Straße belegen ist, falls die Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße erfolgt [16]. Die Gemeinden sind außerdem berechtigt, Ortsstatuten zu erlassen, welche Errichtung von Gebäuden an noch nicht baupolizeilich festgestellten Straßen verbieten [17].

---

[10] B.O. Art. 6. Für die Bestimmung des Grundstücks zur Ortsstraße oder Auflegung sonstiger Baubeschränkungen wird Entschädigung nicht geleistet.

[11] B.O. Art. 8.

[12] B.O. Art. 7.

[13] Wesentlich die gleichen Bestimmungen haben Darmstadt Bauordnung Art. 19—22 und Sondershausen Bauordnung § 8, 9, die dem Preußischen Gesetz entnommen sind. Vgl. über dieses Dernburg, P. P.R. I. § 218 Nr. 2.

[14] Ges. 2/7 1875 § 11.

[15] Ges. 2/7 1875 § 1. Die Wirksamkeit setzt öffentliche Bekanntmachung voraus Erk. R.G. 14/1 1882 Entsch. VI. 81. Ueber das Verfahren vgl. Ges. 2/7 1875 § 7, 8.

[16] Ges. 2/7 1875 § 13. Die Entschädigung wird nur geleistet, wenn die neue Straßenanlage erfolgt Erk. R.G. 25/3 1881 Entsch. V. 58.

[17] Ges. 2/7 1875 § 12. 15. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind unter

Digitized by Google

2. Nach einzelnen Statuten ist der Eigenthümer verbunden, bei Errichtung von Gebäuden einen gewissen Abstand von der Grenze des Nachbargrundstücks einzuhalten. Nach Preußischem Landrecht dürfen neu zu errichtende Gebäude nur drei Werkschuhe von den schon vorhandenen älteren Gebäuden des Nachbarn und nur $1^1/_2$ Werkschuhe von der Grenze an dem unbebauten Platz desselben errichtet werden, sofern nicht lokale Baugesetze etwas anderes vorschreiben[18]. Nach Württembergischem Recht dürfen außerhalb des geschlossenen Wohnbezirks Gebäude nur in einer durch Ortsstatut zu bestimmenden Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks errichtet werden, wenn dieß landwirthschaftlich benützt wird[19]. Nach einem Gewohnheitsrecht der Stadt Braunschweig dürfen gegenüber von Grundstücken, welche die s.g. Gartengerechtigkeit haben, Neubauten nur in einer nach dem Verhältniß des zu errichtenden Hauses bestimmten Entfernung von der Grenze errichtet werden[20]. Nach Lübischem Recht ist allgemein

---

den Gesichtspunkt der Eigenthumsbeschränkung zu stellen, da der Grundeigenthümer dadurch in der freien Verwendung seines Eigenthums beschränkt wird. Als Expropriation erscheint nur die Ueberlassung des Straßenterrains an die Gemeinde Erk. R.G. 15/1 1880 Entsch. I. 64. Als Expropriation faßt das ganze Verfahren auf Dernburg, P. P.R. I. § 218, 6.

[18] Pr. L.R. I. 8. 139. 140; Förster Eccius § 170, 27; Dernburg, P. P.R. I. § 221, 9. 10. Bauen auf der Grenze setzt Einwilligung des Nachbarn voraus Pr. L.R. I. 9. 340—342. Hat der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nachbarn oder gegen seinen Widerspruch gebaut, so muß er das Gebäude abbrechen und Schadensersatz leisten Pr. L.R. I. 9. 342; Förster Eccius § 170, 19; § 176, 43. Ueber die nach Preußischem Recht den seit 10 Jahren bestehenden Fenstern des Nachbarhauses zustehende gesetzliche Dienstbarkeit des Lichtrechts vgl. unten § 283, 16.

[19] Württemberg B.O. Art. 60; Lang, Sachenrecht § 24, 5.

[20] Begründet ist dieß durch Gartengeschwornenordnung der Stadt Braunschweig 2/6 1559 § 5, 6; durch Gewohnheitsrecht ist dieß dahin ausgebildet, daß Gebäude bis zu 12′ Höhe nur in einer Entfernung von 6′ Gebäude in einer Höhe über 12′ nur in einer der Hälfte dieser Höhe gleichkommenden Entfernung von der Grenze errichtet werden dürfen Erk. Wolfenbüttel 7/6 1875 Z. f. Br. XXII. 169. Der Bestand dieses Gewohnheitsrechts ist anerkannt Erk. Wolfenbüttel 18/6 1875 Z. f. Br. XXII. 167, ebenso, daß dasselbe die Eigenschaft einer privatrechtlichen Eigenthumsbeschränkung hat, und daher durch die Bestimmungen eines späteren städtischen Statuts der Bauordnung für die Stadt Braunschweig 15/6 1876 nicht an sich beseitigt ist Erk. Wolfenbüttel 12/12 1876 Sf. XXXIII. 202; 6/7 1877 Z. f. Br. XXV. 14. Da-

Digitized by Google

vorgeschrieben, daß ein Neubau nicht in der Art errichtet werden dürfe, daß er dem Nachbar zum Schaden gereiche und ihm zu nahe sei, ohne daß ein Maaß der Entfernung bestimmt ist[21].

3. Fensterrecht[22]. Gemeinrechtlich ist der Eigenthümer in der Anlage von Fenstern in seinem Haus nicht beschränkt; er darf auch, wenn er an der Grenze gebaut hat, Fenster nach der Seite des Nachbarn anlegen[23], wobei er jedoch, wenn ihm nicht eine Servitut zur Seite steht, das Verbauen nicht verhindern

---

gegen ist in denjenigen Theilen des Stadtgebiets, welche durch statutarische Bestimmung der Gemeinde als „Baugrund" erklärt sind, die Eigenthumsbeschränkung durch die Bauordnung 15/6 1876 § 53 als beseitigt anzusehen Erk. Wolfenbüttel 6/7 1877 Z. f. Br. XXV. 10. Als Gartenrecht wurde nach älterem Recht die Befugniß bezeichnet, ein ländliches Grundstück einzuzäunen, was von Erlaubniß der Administrativbehörde bedingt war Kreittmayr, Anm. 2 zu B. L.R. II. 2. 6; Haubold, P.R. § 360; Bender, P.R. § 82 Nr. 1. Die Gartengerechtigkeit der Stadt Braunschweig erstreckte sich demgemäß früher nur auf solche ländliche Grundstücke, denen sie besonders verliehen war Erk. Wolfenbüttel 24/5 1876 Z. f. Br. XXV. 12. Soweit sie jetzt die Bedeutung der Eigenthumsbeschränkung hat, ist sie auf alle Grundstücke ausgedehnt, für die nicht § 29 und 53 der Bauordnung 15/6 1876 Anwendung findet Erk. Wolfenbüttel 6/7 1877 Z. f. Br. XXV. 16.

[21] Lübeck St. III. 12. 3 und 7. Dieß wird von der Holsteinischen Praxis dahin ausgelegt, daß darunter ein Bau zu verstehen sei, der in zu großer Nähe an der Nachbargrenze errichtet sei, oder sonst dem Nachbarn zum Schaden gereiche Erk. Glückstadt 20/12 1847 Anz. 40. 90; 29/3 1853 Anz. 54. 54; Ipsen, Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857. 97. Dagegen wird in den Städten lübischen Rechts in Pommern der Bau auf der Grenze dadurch für nicht ausgeschlossen gehalten s. die Entscheidungen des O.Tr. Berlin bei Wilmowski, Lübisches Recht in Pommern § 15. In Lübeck selbst ist die Bestimmung durch Bauordnung 23/5 1881 § 73 aufgehoben.

[22] Vgl. Pfeiffer, Pr. Ausf. IV. 3. VII. 331; Stölzel, A. f. C.Pr. LII. 206; Mittermair, P.R. § 167; Beseler, P.R. § 93, 11; Stobbe, P.R. § 86 Nr. 1.

[23] Glück, Commentar X. 114; Pfeiffer, Pr. Ausf. IV. 4; Erk. Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273. Die entgegengesetzte Ansicht von Stölzel, A. f. C.Pr. LII. 206 f. ist widerlegt von Hesse, Rechtsverhältnisse § 126, 110. Auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt stehen das Sächsische und Oesterreichische Recht vgl. oben Note 3. 4; Randa, E. § 5, 26. Vorausgesetzt wird dabei, daß bei Oeffnung die Fensterflügel nicht in den Luftraum des Nachbargrundstücks ragen; die Befugniß dazu setzt eine Servitutbestellung voraus Erk. Wolfenbüttel 24/2 1865 Sf. XX. 17; Pfeiffer, Pr. Ausf. IV. 4; Erk. Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273.

Digitized by Google

kann[24]. Hievon sind in unseren Landesrechten folgende Ausnahmen begründet:

a. Ein Theil der Statuten macht jede Fensteranlage nach der Seite des Nachbarn von dessen Einwilligung abhängig[25].

b. Ein anderer Theil der Statuten läßt die Fensteranlage nach der Seite des Nachbarn nur unter gesetzlich bestimmten Beschränkungen zu. Nach Kurhessischem[26] und Hamburger Recht[27] dürfen offene Fenster nach der Seite des Nachbarn nur in be-

---

[24] Vgl. unten § 283, 9. Nach Lübeck Bauordnung 23/5 1881 § 74 dürfen Fenster, Licht- und Luft-Oeffnungen in Grenzmauern, die vor dem 1. April 1854 bestanden, nicht verbaut werden. Das Bestehen von später errichteten Fenstern hindert das Verbauen nicht, wenn nicht ein erworbenes Recht entgegensteht.

[25] Einbeck St. 27/2 1658 c. 17 (Ebhardt II. 429); Trier L.R. XXII. 2 (v. d. Nahmer 679); Nürnberg Reform XXVI. 3. 1; Dinkelsbühl St. II. 19. 8; Mainz B.O. VII. 34; Amberg B.O. Art. 7 bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 14; Nassau K.E.B.L.O. 17. 3 (v. d. Nahmer 608). Das in Frankfurt Reform VIII. 7. 2 getroffene Verbot gehört dem geltenden Recht nicht mehr an, da Theil VIII der Reformation durch das Baustatut 11/6 1809 ersetzt ist, Bender, P.R. § 82 Note, was nach Erk. Lübeck 23/3 1844 Bender, P.R. § 82, 3 auch auf das Landgebiet sich erstreckt. Die Bestimmung Ssp. II. 49. 1, die sich nur in der Quedlinburger Handschrift befindet, hat im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts keine praktische Geltung Erk. Glückstadt 16/6 1846 Anz. 47. 62, Bl. f. Thüringen XXVI. 234. Nach Ulm B.O. X. 5 und Memmingen B.O. XIV. 5 darf der Eigenthümer, der sein Traufrecht verbaut, nur eine Blindmauer gegen den Nachbar errichten Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 28. 29. 32. Nach Würzburg B.O. III. 1 ist die Fensteranlage in Giebelmauern, auch wenn sie in der gesetzlichen Entfernung von der Grenze errichtet sind, von der Einwilligung des Nachbarn abhängig Erk. München 13/12 1872 Sammlg. III. 3; Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 22. Lübeck St. III. 12. 13 verbietet die einseitige Anlegung neuer Fenster, da wo bisher keine gewesen vgl. unten Note 41.

[26] Der Eigenthümer kann verschlossene Fenster nach der Seite des Nachbarn ohne Beschränkung errichten Platner, S.R. § 61, 7 f. Offene Fenster darf er nur errichten, wenn seine Wand wenigstens 4′ von der Wand des Nachbarn entfernt ist, von diesen wenigstens 2′ ihm gehören und die Fenster nicht unmittelbar offenen Fenstern des Nachbarhauses gegenüberliegen Platner, S.R. § 61, 27—29.

[27] Der Eigenthümer ist in der Fensteranlage unbeschränkt in einer Wand, die 2′ von der Grenze entfernt ist Baumeister, P.R. § 21, 14. In geringerer Entfernung darf er ohne Bewilligung des Nachbarn keine neuen Fenster nach dessen Seite anlegen St. II. 20. 12; Baumeister, P.R. § 21, 10.

Digitized by Google

stimmter Entfernung errichtet werden. Das Preußische Landrecht hat Beschränkungen nur bei Bauen auf der Grenze[28]. Die Bayrischen Statuten lassen die Fensteranlage an solchen Häusern zu, die das Traufrecht haben, d. h. in der gesetzlich bestimmten Entfernung von der Grenze erbaut sind[29], und beschränken die Fensteranlage nach der Nachbarseite bei solchen Gebäuden, bei welchen das Traufrecht verbaut ist[30]. Nach Französischem Recht dürfen Aussichtsfenster nach dem Grundstück des Nachbarn in gerader Richtung nur angelegt werden, wenn die Mauer, in der sie angebracht sind, von dem Nachbargrundstück 6′ entfernt ist[31]. Aussichtsfenster in schräger Richtung nach dem Grundstück des Nachbarn dürfen nur angelegt werden, wenn die betreffende Wand 2′ von dem Nachbargrundstück entfernt ist[32]. Hält er diese Entfernungen nicht ein, so darf der Eigenthümer nur Lichtfenster anlegen die vergittert sein müssen, und bei Zimmern zu ebener Erde 8′ bei anderen 6′ über dem Zimmerboden erst anfangen[33].

c. Mehrere Statuten schreiben Vergitterung der nach der

---

[28] Nach Pr. L.R. I. 8. 138 darf der Eigenthümer in einer an den Hof oder Garten des Nachbarn stoßenden Wand, die auf der Grenzlinie steht, Oeffnungen nur 6′ von dem Boden erhöht anlegen, insoferne die Umstände es gestatten, muß sie aber jedenfalls vergittern. Die Eigenthumsbeschränkung ist nur zu Gunsten von Höfen oder Gärten, nicht aber für andere Flächen des Nachbargrundstücks getroffen Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 42; Förster, P. P.R. § 170, 32—36; Erk. R.G. 28/4 1881 Entsch. V. 61. Für Gebäude, die nicht auf der Grenze stehen ist die Fensteranlage nach der Nachbarseite nicht beschränkt Pr. L.R. I. 8. 137.

[29] Vgl. unten Note 36.

[30] Nach Bau-O. Ulm X. 5 und Memmingen B.O. XIV. darf der Eigenthümer beim Bauen auf der Grenze nur blinde Mauern aufführen Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 32; nach München B.O. Art. 32 darf er nur einfallende Lichte nach Würzburger B.O. Art. IV. 2 und Augsburger Recht darf er nur vergitterte Fenster anbringen Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 33—35.

[31] C. civ. Art. 678; Zachariä § 244, Nr. 2; Aubry § 196a. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn die Mauer auf einen öffentlichen Weg stößt Zachariä § 244, 9; Aubry § 196, 13.

[32] C. civ. Art. 679; Zachariä § 244 Nr. 3; Aubry § 196a. Ob auch hier das Angrenzen an einen öffentlichen Weg eine Ausnahme mache, ist bestritten, dürfte aber zu bejahen sein Aubry § 196, 31; Puchelt zu Zachariä § 244, 12.

[33] C. civ. Art. 676. 677; Zachariä § 244, Nr. 1. Dieß leidet auch Anwendung, wenn die Mauer auf der Grenzlinie steht.

Digitized by Google

Nachbarseite gerichteten Fenster vor, theils allgemein[34], theils bei Gebäuden, die auf der Grenzlinie stehen[35].

4. Traufrecht. Mehrere Statuten bestimmen, daß der Eigenthümer eine Traufe nach der Seite des Nachbarn nur errichten dürfe, wenn er in einer gesetzlich bestimmten Entfernung von der Grenze baut[36].

5. Mehrere Statuten beschränken den Eigenthümer in der Herstellung neuer Thüren[37], Altanen[38], Feuerstätten[39] und Kamine[40] nach der Seite des Nachbarn. Nach Lübischem Recht

---

[34] Nach den B.O. Ulm X. 3. 4 Memmingen XIV. 3. 4 und Augsburg II. 3. 38 darf der Eigenthümer der in der gesetzlichen Entfernung baut, nur vergitterte Fenster anbringen Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 23—25. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 488 müssen alle Fenster nach der Seite des Nachbarn, mit denen nicht ein Aussichtsrecht verbunden ist, auf Verlangen des Nachbarn vergittert werden.

[35] Würzburg B.O. IV. 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 27. Das Gleiche muß nach der Augsburger B.O. angenommen werden Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 35; Pr. L.R. I. 8. 138 oben Note 21. Nach Württemberg B.O. Art. 59 müssen Lichtöffnungen in Umfassungswänden, die nicht wenigstens 0,6 Meter von der Grenze entfernt sind vergittert werden Lang, Sachenrecht § 24, 4. Nach einem Gewohnheitsrecht der Stadt Braunschweig dürfen in Häusern die auf der Grenze stehen nach der Nachbarseite nur Fenster eingerichtet werden, die 6′ hohe Brüstungen haben und die vergittert sind Erk. Braunschweig 25/6 1859 Z. f. Br. VI. 123; Wolfenbüttel 19/1 1835 Z. f. Br. VII. 106. Auf Dachfenster erstreckt sich dieß nicht Erk. Wolfenbüttel 18/11 1865 Z. f. Br. XIII. 80.

[36] München B.O. Art. 28 und Würzburg B.O. Art. I. 4. 1½; Augsburg B.O. II. 3. 38; Ulm B.O. X. 6; Memmingen B.O. XIV. 6 zwei Fuß; Nürnberg. Reform XXVI. 3; Regensburg W.G.O. XVIII. 1 drei Fuß; Roth, Bayr. C.R. (1) § 126, 7 und § 168, 20—25.

[37] Pr. L.R. I. 8. 148 verbietet die Anlage von neuen Thüren, die unmittelbar auf des Nachbars Grund führen ohne dessen Einwilligung Förster Eccius § 170, 39.

[38] Nach München B.O. Art. 61 dürfen Altane nur in einer Entfernung von 8′ vom Nachbarn errichtet werden. Die Bestimmungen des C. civ. Art. 678. 679 über Aussichtsfenster oben Note 24. 25 sind auf Erker, Altanen, Teraſſen, Plattforms und flache Dächer anwendbar Zachariä § 244, 7a.

[39] München B.O. 56; Pr. L.R. I. 8. 133; Roth, Bayr. C.R. (1) § 126, 12; Förster Eccius § 170, 25.

[40] Nürnberg Ref. XXVI. 5; Regensburg W.G.O. XXII. 3. Memmingen B.O. VIII. 4 und Würzburg B.O. II. 4 verpflichten den Eigenthümer des niederern Hauses, den gegen das Dach des höheren Nachbarhauses gerichteten Kamin drei Fuß über das letztere hinauszubauen.

Digitized by Google

dürfen keine neuen Gänge, Wohnungen oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Scheunen da wo vormals keine gewesen, eingerichtet werden, wie denn auch keine Schornsteine oder Feuerstätten, da wo hiebevor keine gestanden, ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung errichtet werden dürfen[41].

Abschnitt 4.

Beschränkung des Verbietungsrechts.

§ 240.

Eine Beschränkung des dem Eigenthümer zustehenden Verbietungsrechts ist begründet:

I. Hinsichtlich der Luftsäule:

1. Der Eigenthümer muß sich geringfügige und vorübergehende Belästigungen durch Eindringen fremder Stoffe in seine Luftsäule gefallen lassen[1].

[41] Lübeck St. III. 12. 13. Vgl. Ipsen, die Eigenthumsbeschränkungen Anzeigen 1857 97—116; Wilmowski, Lübisches Recht § 17. 18. Voraussetzung ist, daß die Grundstücke aneinandergrenzen; auf Grundstücke, die durch einen öffentlichen Weg getrennt sind, findet dieß keine Anwendung Erk. Glückstadt 28/9 1843 Anz. 44. 71; Ipsen, Eigenthumsbeschränkungen Anz. 1857. 107; Wilmowski, Lübisches Recht S. 45. Obwohl das Gesetz die Neuanlage ohne Genehmigung der Nachbarn verbietet, wird das Verbietungsrecht doch vielfältig von dem Nachweis abhängig gemacht, daß die Neuanlage für den verbietenden nachtheilig sei Mevius, Comment. Nr. 22 und 23 zu St. III. 12. 13; Stein, Lübisches Recht III. § 227. Dieß ist durch die Praxis für die Städte Lübischen Rechts in Pommern anerkannt Erk. O.Tr. Berlin 25/10 1839 Präj. Nr. 279; Wilmowski, Lübisches Recht S. 44; Förster Eccius § 170, 30; und in Holstein durch die V. 4/11 1748 und 26/1 1756 gesetzlich anerkannt Ipsen, Anzeigen 1857. 112. In Lübeck selbst sind diese Beschränkungen durch Bauordnung 23/5 1881 § 62 und § 73 f. beseitigt.

[1] l. 8 § 5. 6 D. 8. 5. Windscheid § 169, 7. Jedenfalls hat der Nachbar kein Verbietungsrecht gegen Verbreitung des Rauchs, der durch die zum Zweck der gewöhnlichen Haushaltung erforderliche Feuerung erzeugt wird. Pagenstecher, Eigenthum I. 121; Burkhard, Caution 225; Erk. Dresden 17/12 1843 Sf. IV. 7; Lübeck 29/10 1840 Sf. IX. 218; 28/10 1856 Sf. XI. 114; Rostock 16/7 1862 Budde IV. 114 und wenn die Belästigung eine vorübergehende und wenig bedeutende ist Pagenstecher, Eigenthum I. 121; Erk. Celle 25/10 1867 Sf. XXI. 208; 29/4 1879 Sf. XXXV. 32; Wolfenbüttel 28/8 1878 Sf. XXXIV. 182. Vgl. oben § 230, 55. 56.

Digitized by Google

2. Gemeinrechtlich muß sich der Eigenthümer gefallen lassen, daß die auf der Grenzscheide stehende Mauer bis zu einem halben Fuß ausbaucht [2].

3. Der Eigenthümer eines ländlichen Grundstücks ist gemeinrechtlich verpflichtet, von der Höhe von 15′ an das Hereinragen der Aeste der Bäume des Nachbargrundstücks zu dulden [3].

II. Hinsichtlich des Untergrundes. Der Eigenthümer unterliegt den durch das Bergrecht bestimmten Beschränkungen [4].

III. Hinsichtlich der Oberfläche.

1. Der Eigenthümer ist gemeinrechtlich verpflichtet, dem Nachbar an jedem dritten Tag das Betreten seines Grundstücks zum Abholen herübergefallener Baumfrüchte zu gestatten [5].

2. Der Eigenthümer muß jedem Dritten das Betreten seines Grundstücks zum Zweck der Abholung seiner dort befindlichen Sachen gestatten [6].

---

[2] l. 17 pr. D. 8. 5; Windscheid § 169, 8; Vangerow § 297 Anm. Nr. 9. A. M. Emmerich, Z. f. C.R. XVIII. 127 und Erk. Wolfenbüttel 5/6 1869 Sf. XXIII. 210, welche diese Stelle von einem vertragsmäßigen beiderseitigen Ueberbauen erklären. In Württemberg ist diese Eigenthumsbeschränkung beseitigt Lang, Sachenrecht § 24, 12, und dem Preußischen und Oesterreichischen Recht ist sie nicht bekannt Förster Eccius § 170, 68; Randa, E. § 5, 25.

[3] l. 1 § 9 D. 43. 27; Windscheid § 169, 10. Die anderen Rechte kennen diese Eigenthumsbeschränkung nicht vgl. oben § 230, 47—50.

[4] s. das Nähere im Bergrecht.

[5] l. un. D. 43. 28; Windscheid § 169, 9; Vangerow § 297 Anm. Nr. 3; Wächter, Pandekten § 119 Beilage II. Dieß gilt nicht nach Bayrischem, Preußischem und Sächsischem Recht, nach welchen die überhängenden Früchte dem Nachbarn gehören vgl. unten § 247, 22. Auch gemeinrechtlich wird von manchen der letzte Grundsatz für geltend angesehen vgl. unten § 247, 20; s. dagegen Windscheid § 169, 9. Der C. c. enthält keine Bestimmung; der gemeinrechtliche Grundsatz wird gleichwohl auch für das französische Recht als geltend angenommen Zachariä § 242, 4.

[6] l. un. D. 43. 28; l. 1 § 9 D. 39. 2; Windscheid § 169, 21; Erk. Dresden 27/9 1849 Sf. IV. 10. Für das Oesterreichische Recht nimmt Randa, E. § 5, 16 das gleiche an, indem nach seiner Ansicht die in A.B.G.B. § 384 für Bienenschwärme und andere zahme Thiere gegebene Vorschrift ein allgemeines in analogen Fällen anwendbares Princip enthält. Den gleichen Grundsatz spricht das Preußische Landrecht in einzelnen Anwendungsfällen aus, so bezüglich der Verfolgung eines Bienenschwarms Pr. L.R. I. 9. 222; Abholen der aus Privatgewässern ausgetretenen Fische Pr. L.R. I. 9. 178;

Digitized by Google

3. Nach einzelnen Landesrechten hat der Eigenthümer das Recht, das Nachbargrundstück zu betreten, so weit dieß zur Instandhaltung seines Eigenthums erforderlich ist. Einzelne Anwendungsfälle sind: das Hammerschlags- und Leiterrecht [7], das Anwende- und Pflugsrecht [8] und das Schaufelschlagsrecht [9].

Abholen eines durch Sturm auf das Nachbargrundstück geworfenen Baumes Pr. L.R. I. 9. 293—296 und Förster Eccius § 170, 64—66. Die gleiche Bestimmung haben Sachsen B.G.B. § 230 und Oesterreich A.B.G.B. § 384 hinsichtlich des Bienenschwarms und dasselbe gilt nach französischem Recht Zachariä § 200, 18 und § 246, 12; Baden L.R. Art. 564 a. Gemeinrechtlich ist das Recht der Bienenfolge nicht unbestritten; dagegen: Erk. Cassel 19/11 1853 Sf. VIII. 49; Elvers in A. f. Pr. R.W. III. 218—236; dafür: Holzschuher, Theorie § 101 Nr. 7; Schelhaß, Nachbarrecht § 7, 2; Lang, Sachenrecht § 25, 8.

[7] Beseler, P.R. § 93, 8; Stobbe, P.R. § 85, 12. Manche sehen dieß als gemeines Gewohnheitsrecht an Holzschuher, Theorie § 91, 12d; s. dagegen Erk. Kiel 26/4 1845 Sf. V. 107; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 117. Es besteht in der Befugniß zum Bau oder zur Reparatur eines Gebäudes, einer Scheidung oder eines Grabens das Nachbargrundstück zu betreten und die erforderlichen Gerüste aufzustellen, gewährt aber nicht das Recht, allenfallsige Hindernisse, z. B. eine Hecke, zu beseitigen Erk. R.G. 28/10 1879 Anzeigen 80. 110. Ebensowenig kann der Eigenthümer verlangen, daß der Nachbar den erforderlichen Platz unverbaut lasse Erk. Kiel 26/4 1845 Sf. V. 107; München 24/4 1874 Sammlg. IV. 150. Dagegen ist nach Münchner Statutarrecht mit dem Hammerstreichsrecht der Anspruch verbunden, daß der Hammerstreichsgrund wie ein Fuß- oder Fahrtweg von allen die Ausübung erschwerenden Hindernissen frei bleibe Erk. München 22/2 1873 Sammlung III. 57. Gesetzlich anerkannt ist es Regensburg W.G.O. XIII. 6; Amberg W.O. XXV; Lübeck Bauordnung 23/5 1881 § 70; Sachsen B.G.B. § 350. Nicht anerkannt ist es in Württemberg Lang, Sachenrecht § 25, 5; in Schleswig Erk. Flensburg 17/3 1865 Anz. 65, 192; nach Oesterreichischem Recht Randa, E. § 5, 21 und im Französischen Recht Zachariä § 246, 13; Aubry § 238, 10. Nur für die Reparatur von Planken ist es anerkannt Pr. L.R. I. 8. 155 Dernburg. P. P.R. I. § 221, 19.

[8] Mittermair, P.R. § 167. IV; Beseler, P.R. § 93, 7; Stobbe, P.R. § 83, 11; Erk. München 30/12 1845 Bl. XV. 232. Auch dieß beruht nur auf besonderem Herkommen Hesse, Rechtsverhältniße (2) § 117 D. Nach Preußischem Recht ist es nicht begründet Förster Eccius § 170, 63; ebensowenig ist es in Württemberg anerkannt Lang, Sachenrecht § 25, 17; dort besteht es als Felddienstbarkeit (Trepprecht) Lang, Sachenrecht § 79, 7. Dem Oesterreichischen Recht ist es nicht bekannt Randa, E. § 5, 22.

[9] Es ist dieß das Recht, bei der Reinigung von Gräben und Canälen den Schlamm auf die benachbarten Ufer zu werfen Stobbe, P.R. § 85, 13;

Digitized by Google

4. Die Adjacenten öffentlicher Flüsse sind verpflichtet, den Leinpfad zu gestatten [10].

5. Der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks hat den natürlichen Wasserablauf von dem höher liegenden Grundstück zu dulden und darf einseitig keine denselben ändernden Veranstaltungen treffen. Jeder der beiden Eigenthümer hat dem Nachbar die Beseitigung der Hindernisse des natürlichen Wasserablaufs auf seinem Grundstück zu gestatten [11].

6. Auf Grund der Jagdgesetze ist der Grundeigenthümer verbunden, den zur Ausübung der Jagd Berechtigten zum Behuf derselben das Betreten seines Grundeigenthums zu gestatten [12].

7. Auf Grund der Expropriationsgesetze ist der Eigenthümer verpflichtet, die Vorbereitungen eines die Zwangsenteignung rechtfertigenden Unternehmens auf seinem Grundbesitz zu dulden [13].

Caput 2.

Erwerb des Eigenthums.

Titel I.

Im Allgemeinen.

§ 241.

I. Fähigkeit zum Erwerb.

Vom civilrechtlichen Standpunkt aus betrachtet bildet die Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben, eine der hauptsächlichsten Wirkungen der Rechtsfähigkeit. Sie ist für juristische Personen die Voraussetzung der Existenz [1], für physische Personen eine selbst-

---

Erk. Dresden 1845 Sf. II. 145; 1851 Sf. VI. 139; Dessau 1876 Bl. f. Thür. XXIV. 223.

[10] Stobbe, P.R. § 85, 17 f. darüber das Nähere im Wasserrecht.

[11] Vgl. oben § 238, 28—31. Ueber die abweichende Stellung des Preußischen Landrechts vgl. oben § 238, 33.

[12] f. darüber das Nähere im Jagdrecht.

[13] Preußen E.G. § 5; Anhalt E.G. § 4; Lübeck E.G. § 4; Bremen E.G. § 5.

[1] Da sich die Fiktion der Rechtsfähigkeit nur auf die Vermögensverhältnisse erstreckt, so liegt die Eigenthumsfähigkeit im Begriff der juristischen Person Roth, D. P.R. § 71, 16; Stobbe, D. P.R. § 49, 7.

Digitized by Google

verständliche Folge der Existenz[2]; bei beiden bildet Beschränkung die auf einem Specialgesetz beruhende Ausnahme.

1. Bei physischen Personen bildet gemeinrechtlich und nach Preußischem, Sächsischem und Französischem Recht die Erwerbsfähigkeit die Regel[3]; namentlich ist die in dem älteren Recht begründete Beschränkung der Ausländer[4], der Bekenner bestimmter Confessionen[5] und der Mitglieder einzelner Standesclassen für die Erwerbung gewisser Güterarten[6] nicht mehr anwendbar. Eine Beschränkung ist nur für bestimmte Beamtenkategorien[7] und nach

---

[2] Roth, D. P.R. § 60, 4.

[3] Pagenstecher, Eigenthum I. 39; Schmid, Handbuch § 5, 1; Bayr. L.R. II. 2. 3; Pr. L.R. I. 8. 6; Sachsen B.G.B. § 30; C. c. Art. 8.

[4] Stobbe, P.R. § 42. 43; Mandry, civilrechtlicher Inhalt § 4. In Preußen ist durch Gesetz 28/3 1874 und in Württemberg durch Gesetz 1/3 1865 die Beschränkung der nicht deutschen Ausländer in der Erwerbung von Grundbesitz aufgehoben Dernburg, P. P.R. I. § 45, 5; Mandry, civilrechtlicher Inhalt § 4, 15, während nach Hamburg Ges. 20/3 1863 Zuschreibung von Grundeigenthum an nicht dem deutschen Reich angehörige Personen von Genehmigung des Senats abhängt. Eine allgemeine Beschränkung nichtdeutscher Ausländer kann jetzt nur auf Grund des Retorsionsrechts vorkommen Roth, D. P.R. § 67, 12. In Oesterreich sind Motenegriner im Retorsionsweg von der Erwerbung von Grundbesitz ausgeschlossen Randa, E. § 2, 6, ferner Ausländer vom Besitz von Bauerngütern, was sich jedoch auf die Unterthanen der ehemaligen deutschen Bundesstaaten, dann von Italien, Holland, Frankreich und Spanien nicht erstreckt Randa, E. § 2, 7.

[5] Diese sind durch Reichsgesetz 3/7 1869 für den ganzen Umfang des deutschen Reichs beseitigt Roth, D. P.R. § 69, 8. Damit ist auch die in Preußen bis dahin geltende Beschränkung der Mennoniten und Quäcker in dem Erwerb von Grundbesitz weggefallen Förster Eccius § 124, 25. Die Meinung von Platner, Sachenrecht § 8, 19, daß ausländische Juden noch den früher bestehenden Beschränkungen unterliegen, entbehrt der Begründung s. Erk. R.O.H.G. Entsch. XXIII. 75.

[6] Beschränkt waren namentlich nach früherem Preußischem Recht Nichtadelige in dem Erwerb von Rittergütern Förster Eccius § 168, 2 und es ist dieß in einzelnen Theilen des Rechtsgebiets für Dorfgemeinden und ihre Mitglieder noch erhalten Förster Eccius § 124, 25. Die früher in Preußen für Unterofficiere und Gemeine begründete Beschränkung ist durch R.Militärgesetz 2/5 1874 § 42 aufgehoben Förster Eccius § 124, 25. Durch Sachsen-Weimar Ges. 17/5 1826 § 1—3 sind die Beschränkungen in der Erwerbung von Rittergütern, städtischen Grundstücken und Bauerngütern durch Angehörige anderer Stände aufgehoben.

[7] In Preußen sind Mitglieder der Domänenverwaltungen in dem Erwerb von Domänengrundstücken beschränkt K.O. 2/9 1812 Förster Eccius

Digitized by Google

einzelnen Rechten für Religiosen[8] gegeben. Dagegen hat das Oesterreichische Recht einzelne Beschränkungen des älteren Rechts erhalten[9].

2. Für kirchliche Institute ist die Befugniß der Erwerbung von Grundeigenthum durch die Amortisationsgesetze vielfach beschränkt[10], und in Preußen bedürfen ausländische Corporationen und juristische Personen zur Erwerbung von Grundeigenthum der königlichen Genehmigung[11]. In Hamburg ist die Zuschreibung von Grundeigenthum an juristische Personen, die nicht vom Staat autorisirt sind, von Genehmigung des Senats abhängig[12].

---

§ 124, 26. Forstbeamte dürfen Grundstücke, die an die ihrer Verwaltung anvertrauten Forsten grenzen oder die an denselben ein Holz-Hütungs- oder sonstiges Recht haben, nicht erwerben K.O. 5/9 1821 G.S. 158 Koch, F. § 330, 35. Bergbeamte und ihre Frauen und Kinder sind in der Erwerbung des Bergeigenthums in ihrem Bezirk beschränkt Berggesetz 24/6 1865 § 195. Die diesen Verboten widersprechende Erwerbung ist nichtig Dernburg, P. P.R. I. § 225, 9. In Bayern ist den äußeren Justiz-, Polizei- und Finanzbeamten untersagt, in ihrem Amtsbezirk eine Gutsrealität zu erwerben, indessen kann ein abgeschlossener Vertrag nicht angefochten werden Roth, Bayr. C.R. (2) § 33, 1. Nach dem Bayrischen Berggesetz Art. 96 und dem Württembergischen Berggesetz Art. 177 dürfen Bergbeamte und ihre Frauen und Kinder in ihrem Amtsbezirk nicht muthen. Ueber Hessen-Darmstadt vgl. Müller, Ingrossation § 20, 5. In Württemberg war nach Dienstpragmatik 21/6 1821 § 7 den Beamten die Erwerbung liegender Gründe innerhalb ihres Amtsbezirks mit Ausnahme eines Wohnhauses verboten Reyscher, P.R. § 203, 5, was aber in Folge des Gesetzes 28/6 1876 aufgehoben ist Lang, Sachenrecht § 166, 18; die gleiche Bestimmung gilt nach Kurhessen Staatsdienstgesetz 8/3 1831 § 16. Nach Sachsen-Weimar Ges. 4/5 1826 § 4 bedürfen Justizoberbeamte ihre Gattinnen und Kinder zur Erwerbung von Grundstücken in ihrem Gerichtssprengel bei Vermeidung der Nichtigkeit der Genehmigung der Landesregierung. Nach Oesterreich Berggesetz 23/5 1854 § 7. 8 sind Bergbeamte, ihre Frauen und Kinder von dem Besitz von Bergwerken in ihren Amtsbezirken ausgeschlossen.

[8] Vgl. oben § 70, 33.

[9] Vgl. oben Note 4 und 7. Außerdem sind nach Oesterreichischem Recht erwerbsunfähig Deserteure und solche, die unbefugt ausgewandert sind Randa, E. § 2, 1.

[10] Vgl. oben § 71, 20; Pr. L.R. II. 11. 194; Dernburg, P. P.R.I. § 225, 11.

[11] Ges. 4/5 1846. Dernburg, P. P.R. I. § 55, 10 und § 225, 10.

[12] Ges. 20/3 1863 Erwerb von Grundeigenthum.

Digitized by Google

§ 242.

II. Die Erwerbsarten.

Die Eintheilung der Erwerbsarten des Eigenthums wird unter verschiedenen Gesichtspunkten aufgefaßt. Die römischen Quellen unterscheiden civilen und naturalen Erwerb [1]. Gemeinrechtlich werden namentlich hervorgehoben die Unterscheidungen in ursprünglichen und abgeleiteten Erwerb [2], Erwerb mit Succession und ohne Succession und Verfertigung und Verbindnng [3], Erwerb mit und ohne Besitzergreifung [4], Erwerb an neuentstandenen, herrenlosen und fremden Sachen [5], während andere die einzelnen Erwerbsarten ohne weitere Classifikation aufzählen [6]. Mit keiner dieser Eintheilungen stimmen die neueren Gesetze überein. Das Preußische Landrecht hat die Eintheilung in unmittelbare und mittelbare Erwerbsarten [7]; das Sächsische B.G.B. behandelt getrennt die Erwerbung der unbeweglichen und beweglichen Sachen [8], das Oesterreichische A.B.G.B. unterscheidet den Erwerb durch Zueignung, Zuwachs und Uebergabe [9] und der Code civil den Erwerb durch Gesetz, Wille des Eigenthümers und Ersitzung [10]. Der nachfolgenden Darstellung ist die Eintheilung der Erwerbsarten in ursprüngliche und abgeleitete zu Grund gelegt.

---

[1] Pagenstecher, Eigenthum II. 8. Dieß ist Bayr. L.R. II. 2. 5 und II. 3. 1 angenommen.

[2] Puchta, Pandekten § 147; Arndts § 144; Sintenis, C.R. § 48, 8; Wächter, Pandekten § 130; Holzschuher, Theorie § 106; Baron, Pandekten § 130; Randa, E. § 10.

[3] Windscheid § 170.

[4] Vangerow, Pandekten § 307; Keller, Pandekten § 123.

[5] Förster Eccius § 172.

[6] So z. B. Seuffert, Pandekten § 125 f. Occupation, Specifikation, Tradition, Ersitzung, Accession und andere Erwerbsarten.

[7] Pr. L.R. I. 9. 5. 6. Diese Eintheilung ist nicht mit der in ursprünglichen und abgeleiteten Erwerb identisch, obwohl sie Aehnlichkeit mit ihr hat. Ueber die Unterscheidungsmerkmale vgl. Förster Eccius § 172, 5.

[8] Sachsen B.G.B. § 237—287.

[9] Oesterreich A.B.G.B. § 380—446.

[10] Zachariä § 199.

Digitized by Google

Titel II.

Ursprünglicher Erwerb.

Abschnitt 1.

Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum.

§ 243.

I. Fruchterwerb [1].

Natürliche Früchte sind gemeinrechtlich bis zu ihrer Trennung Theile der Hauptsache [2] und fallen mit ihrer Trennung in das Eigenthum des Eigenthümers [3], dem gemeinrechtlich der Emphyteuta gleichsteht [4]. Der gleiche Grundsatz gilt nach Sächsischem [5], Oesterreichischem [6] und französischem Recht [7]. Nach Preußischem Landrecht sind die Früchte gleich bei ihrer Entstehung Eigenthum des Eigenthümers [8].

---

[1] Göppert, die organischen Erzeugnisse 1869; Schmid, Handbuch I. § 9; Pagenstecher, Eigenthum II. 93—113; Windscheid § 186.

[2] l. 44 D. 6. 1; Wächter, W. P.R. II. § 42, 9a; Schmid, Handbuch § 9, 3.

[3] Windscheid § 186, 2; Schmid, Handbuch § 9, 6; Sintenis, C.R. § 49, 22.

[4] l. 25 § 1 D. 22. 1; Schmid, Handbuch § 9, 6; Windscheid § 186, 5. Es findet dieß analoge Anwendung auf den Lehenmann Mayr, Lehenrecht § 119, 6; Bayr. L.R. IV. 77 Nr. 1; IV. 18. 21 Nr. 2.

[5] Sachsen B.G.B. § 244. Der Eigenthümer einer Sache bleibt Eigenthümer der Früchte, selbst wenn sie von der Sache getrennt sind, soferne nicht ein anderer das Eigenthum an denselben erwirbt.

[6] Oesterreich A.B.G.B. § 405. Nach Oesterreichischem Recht fallen die Früchte mit ihrer Separation in das Eigenthum des Eigenthümers, dem der Erbpächter gleichsteht Kirchstetter, Commentar 204, 3; Randa, Eigenthumsrecht § 14, 14.

[7] C. c. Art. 547.

[8] Pr. L.R. I. 9. 221; Förster Eccius § 173, 3. Nur an Thierjungen wird erst nach Trennung vom Mutterthier Eigenthum erworben Pr. L.R. I. 7. 194.

Digitized by Google

§ 244.

II. Eigenthumserwerb durch Verbindung.

Wird eine Sache in der Art mit einer andern Sache verbunden, daß sie nicht mehr selbstständig für sich besteht, so tritt Eigenthumserwerb durch Verbindung ein, für welchen folgende Grundsätze gelten:

A. Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache.

Als leitender Grundsatz gilt, daß eine bewegliche Sache, die mit einer unbeweglichen verbunden wird, dem Eigenthümer der letzteren erworben wird [1]. Die einzelnen Anwendungsfälle sind:

I. Bebauen (inaedificatio) [2]. Wird ein Gebäude errichtet, so wird es regelmäßig Theil des Bodens, auf dem es errichtet wird [3]. Dieser Grundsatz erleidet indessen Modifikationen bezüglich des dazu verwendeten Materials, insofern das Eigenthum daran nicht unter allen Verhältnißen auf den Eigenthümer des Bodens übergeht. Es sind hier das gemeine Recht und die neueren Landesrechte zu unterscheiden:

1. Gemeinrechtlich gelten folgende Grundsätze: Wird mit fremdem Material ein Gebäude errichtet, so wird dasselbe als Ganzes Eigenthum des Grundeigenthümers [4]. Der Eigenthümer

---

[1] Wächter, R.L. I. 20; Arndts § 152 Nr. 2.

[2] Zaun, A. f. C.Pr. XLIII. 211. 301; Wächter, R.L. I. 25—29 und Pandekten § 133 Beil. III; Gesterding, Eigenthum § 31; Schmid, Handbuch § 10, 50 f.; Wangerow § 300 und 329; Windscheid § 188 Nr. 1c; Arndts § 152 Anm. 4; Seuffert § 144; Sintenis, C.R. § 50, 52; Lang, Sachenrecht § 36 Nr. 2; Curtius, C.R. § 533; Förster Eccius § 176, 31; Dernburg, P. P.R. I. § 236; Heydemann, Einleitung II. 64; Zachariä § 203, 1.

[3] Vgl. oben § 75, 13. Eine Ausnahme ist nach Preußischem und Französischem Recht bei der Superficies gegeben unten § 289, 9. 10.

[4] l. 7 § 10. 12 D. 41. 2; l. 2 Cod. 3. 32; Zaun, A. 212, 5; 300, 1; Windscheid § 188, 10; Schmid, Handbuch § 10, 54. Hievon ist auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn der Materialeigenthümer mit Einwilligung des Grundeigenthümers auf fremdem Boden baut. Gegen die Annahme Erk. München 18/12 1855 Bl. XXI. 334, daß in diesem Fall der Materialeigenthümer Eigenthümer des Baues werde, sprechen sich für das gemeine und Bayrische Recht aus Erk. München 19/7 1879 Sammlg. VII. 396; 15/2 1879 Sammlg. VII. 324.

Digitized by Google

des Materials verliert aber sein Eigenthum insofern nicht, als ihm bei Auflösung des Baues[5] ein Vindikationsrecht zusteht[6], wenn nicht der Eigenthümer des Bodens auch Eigenthümer des Materials geworden ist[7]. Es tritt dieß in folgender Weise hervor:

a. Hat der Grundeigenthümer in gutem Glauben mit fremdem Material gebaut, so kann der Materialeigenthümer mit der actio de tigno juncto den doppelten Werth der Materialien einklagen[8], und wenn er keinen Gebrauch davon gemacht hat, bei Auflösung des Baus die Materialien vindiciren[9]. War der Grundeigenthümer in bösem Glauben, so hat der Eigenthümer die actio de tigno juncto auf doppelten Ersatz des Materials[10]

---

[5] Solange das Gebäude steht, ist sein Vindikationsrecht ausgeschlossen l. 1 pr. D. 47. 3; Wächter, R.L. I. 26, 62; Erk. Braunschweig 28/4 1853 Z. f. Br. II. 115.

[6] Bestritten ist welches Rechtsverhältniß hier vorliege. Nach der einen Ansicht erwirbt der Grundeigenthümer widerrufliches Eigenthum an den Materialien Wächter, R.L. I. 20. 26 und Pandekten § 133 Beilage III Nr. 1; Demelius, Exhibitionspflicht 100; Brinz, Pandekten (2) § 146, 13. Nach der andern Ansicht ruht das Eigenthum des Materialeigenthümers bis zur definitiven Erwerbung durch den Grundeigenthümer Windscheid § 188, 13; Arndts § 152, Anm. 2; Jacobi, Bereicherung Jahrb. f. Dogm. IV. 247, 105.

[7] Dieß tritt in dem unten Note 8 erwähnten Fall ein.

[8] § 29 Inst. 2. 1; l. 7 § 10 D. 41. 1; l. 6 D. 10. 4. Manche sprechen der actio de tigno juncto die praktische Geltung ab, und lassen eine Klage nur auf einfachen Schadensersatz zu Seuffert, Pandekten § 144, 5; Curtius, C.R. § 533b, was Bayr. L.R. II. 3. 17 Nr. 3 angenommen ist; allein die gemeinrechtliche Geltung der actio de tigno juncto kann nicht bezweifelt werden Schmid, Handbuch § 10, 56; Wächter, R.L. I. 28 und Pandekten § 133, Beilage III. III. 1a; Windscheid § 188, 15. Gegen die Ansicht von Bangerow § 300 Anm., daß der Anspruch auf das Doppelte nur bei Verwendung gestohlenen Materials gegeben sei s. Windscheid § 188, 16. Durch Leistung des Doppelten geht das Eigenthum des Materials auf den Bauenden über Windscheid § 188, 17; Schmid, Handbuch § 10, 61.

[9] § 29 Inst. 2. 1; l. 7 § 10 D. 41. 1; Windscheid § 188, 13. Dieser Anspruch ist, so lange das Gebäude steht der Verjährung entzogen oben § 87, 66. Das Bayr. L.R. II. 3. 17 Nr. 3 erwähnt das Vindikationsrecht nicht, und es scheint auch nach den Anmerkungen der Materialeigenthümer nur auf den einfachen Schadensersatz angewiesen zu sein; Erk. München 19/7 1879 Sammlg. VII. 396 scheint jedoch gegentheiliger Ansicht zu sein.

[10] Nach römischem Recht war die actio ad exhibendum oder rei vindicatio auf vollen Ersatz des Materials gegeben, weil der bösgläubige Grundeigenthümer so behandelt wurde, als habe er sich hinterlistiger Weise des Be-

Digitized by Google

und außerdem das Recht, bei Auflösung des Baus die Materialien zu vindiciren [11].

b. Hat der Materialeigenthümer auf fremdem Grund gebaut, so hat er, wenn er im Besitz ist, das Recht der Hinwegnahme, insoferne die Trennung schadenlos geschehen kann [12], außerdem ein Retentionsrecht wegen nothwendiger und nützlicher Verwendungen [13]; ist er nicht im Besitz, so hat er nur das Recht der Vindikation bei Auflösung [14]. War er in bösem Glauben, so hat er, wenn er im Besitz ist, ein Recht der Hinwegnahme, wenn die Trennung schadenlos geschehen kann [15], oder ein Retentionsrecht wegen nothwendiger Verwendungen [16], und wenn er nicht im Besitz ist, das Recht der Vindication bei Auflösung [17].

---

sitzes entäußert l. 1 § 2 D. 47. 3; l. 23 § 6 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 58. Außerdem hatte aber der Materialeigenthümer auch die actio de tigno junoto auf das Doppelte l. 2 D. 47. 3; l. 23 § 6 D. 6. 1; da die letztere in diesem Fall nicht Ersatzklage sondern Strafklage war, so nimmt man an, daß jetzt der Kläger auf die letztere als Ersatzklage beschränkt sei; Wächter, Pandekten § 133 Beilage III. Nr. III. 1 b. Nach Bayr. L.R. II. 3. 17 Nr. 3 ist nur ein Anspruch auf Vergütung des Materials gegeben.

[11] In § 29 Inst. 2. 1 scheint zwar allgemein bei Durchführung der Klage auf das Doppelte das Vindikationsrecht ausgeschlossen zu sein, allein nach l. 2 D. 47. 3 beschränkt sich dieß auf den Fall, daß der Bauende in bona fide war Schmid, Handbuch § 10, 61; Wächter, R.L. I. 27, 64; Windscheid § 188, 18.

[12] l. 27 § 5; l. 37 D. 6. 1; Erk. Kiel 28/11 1863 Anz. 63, 376; Schmid, Handbuch § 10, 75. Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7 vgl. mit II. 3. 17 Nr. 2 hat er ein Recht der Wegnahme nur für impensae voluptuariae.

[13] § 30 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 10, 72 und 74; Wächter, R.L. I. 29, 70. Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7 vgl. mit L.R. II. 3. 17 Nr. 2 hat er ein Retentionsrecht nur für impensae necessariae.

[14] l. 2 Cod. 3. 32; Erk. Glückstadt 13/1 1852 Anz. 52. 223; Seuffert § 144, 7; Wächter, Pandekten § 133 Beilage III. Nr. III. 2 b; Lang, Sachenrecht § 36, 15.

[15] l. 37 D. 6. 1; l. 5 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 10, 71; Bangerow § 329, 1. 1; Erk. Celle 17/11 1857 Sf. XII. 125; dieß gilt auch in Schleswig Erk. Kiel 20/5 1870 Anz. 70, 228.

[16] l. 5 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 10, 68. Auf Grund der Bestimmungen § 30 Inst 2. 1, l. 7 § 12 D. 41. 1 und l. 16 Cod. 3. 32 spricht Bangerow § 329 Anm. 1. 2 dem bösgläubigen Materialeigenthümer das Retentionsrecht ganz ab, allein es bezieht sich dieß nur auf impensae utiles und voluptuariae, während ihm für impensae neccessariae in l. 5 Cod. 3. 32 das Retentionsrecht ausdrücklich zugesprochen ist Schmid, Handbuch § 10, 68; Wächter, Pandekten § 133 Beilage III. Nr. III. 2 a.

Digitized by Google

c. Nach Bayrischem Landrecht kann, wenn ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden mit fremdem Material aufgeführt wurde, der Bauführer, wenn der Bau nothwendig oder nützlich war, seine Kosten gegen den Grundeigenthümer geltend machen und der Materialeigenthümer kann den Werth der Materialien von dem Grundherrn fordern oder, wenn der Bau aufgelöst wird, die Materialien vindiciren [18].

2. Nach Preußischem Landrecht ist zu unterscheiden:

a. Hat der Grundherr mit fremdem Material auf seinem Grund und Boden ein Haus erbaut, so wird er Eigenthümer des Materials, muß aber nach Maaßgabe seiner Verschuldung Entschädigung leisten [19].

b. Hat der Eigenthümer des Materials auf fremdem Boden ohne Vorwissen des Grundeigenthümers gebaut, so kann dieser, wenn er keine Kenntniß davon erhalten, oder sogleich, als er Kenntniß erhalten, der Fortsetzung des Baus widersprochen hat, entweder Abbruch und Wegräumen des Gebäudes auf Kosten des Bauenden und Schadensersatz oder Ueberlassung des Gebäudes gegen Erstattung der Baukosten oder Uebernahme des Gebäudes durch den Bauenden gegen Vergütung des Werths der Baustelle und Schadensersatz verlangen [20]. Hat der Grundeigenthümer, nachdem er Kenntniß von dem Bau erhalten, nicht sogleich Widerspruch eingelegt, so bleibt das Gebäude mit dem Grund und Boden [21] dem Bauenden, und der Grundeigenthümer kann nur Entschädigung für die Baustelle ansprechen [22].

---

[17] § 30 Inst. 2. 1 und l. 7 § 12 D. 11. 1 ist ihm das Vindikationsrecht abgesprochen, dagegen l. 2 Cod. 3. 32 zugestanden. Bei dem innern Widerspruch dieser Stellen ist der Bestimmung der letzteren der Vorzug zu geben Wächter, R.L. I. 29, 76; Vangerow § 329 Anm. I. 3. Nach einer andern Ansicht ist in dem wissentlichen Bau auf fremdem Boden ein Verzicht auf das Eigenthum an dem Material zu sehen Pagenstecher, Eigenthum II. 148. 2; Schmid, Handbuch § 10, 67. Damit übereinstimmend Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 3. 17.

[18] Bayr. L.R. II. 3. 17 Nr. 1.

[19] Pr. L.R. I. 9. 334. 335; Förster Eccius § 176, 40; Dernburg, P. P.R. I. § 236, 3.

[20] Pr. L.R. I. 9. 328—331; Förster Eccius § 176, 36—38; Dernburg, P. P.R. I. § 236, 6.

[21] Es ist bestritten, ob darunter nur die bebaute Fläche zu verstehen sei

Digitized by Google

c. Hat der Bauführer mit fremden Materialien auf fremdem Grund und Boden ohne Wissen beider Eigenthümer gebaut, so hat der Grundeigenthümer hinsichtlich des Gebäudes das erwähnte Wahlrecht, der Eigenthümer der Materialien aber einen Ersatzanspruch nur gegen den Bauführer [23].

3. Nach Sächsischem Recht werden Baumaterialien mit ihrer Verwendung in ein Gebäude Bestandtheile desselben, und das Gebäude mit seiner Errichtung Bestandtheil des Grundes und Bodens, auf dem es errichtet wurde [24]; der Grundeigenthümer aber hat für die Materialien, wenn er in redlichem Glauben war, soweit er bereichert ist, wenn er in unredlichem Glauben war, vollen Ersatz zu leisten [25].

4. Nach Oesterreichischem Recht bleibt das Gebäude, welches mit fremdem Material von dem Grundeigenthümer aufgeführt ist, diesem und er hat, wenn er in gutem Glauben war, den gemeinen, wenn er in bösem Glauben war, den höchsten Preis mit Schadensersatz zu ersetzen [26]. Hat jemand mit eigenen Materialien ohne Wissen und Willen des Eigenthümers auf fremdem Grund gebaut, so fällt das Gebäude dem Grundeigenthümer zu. Dabei kann der redliche Bauführer den Ersatz der nothwendigen und nützlichen Auslagen fordern, der unredliche wird als Geschäfts-

---

Erk. O.Tr. 24/10 1870 Striethorst LXXXI. 19; Turnau, Grundbuchsordnung II. 321, oder ob sich dieß auch auf die zum Gebrauch des Gebäudes unentbehrliche Fläche z. B. den Hof erstrecke Erk. R.G. 7/2 1880 Sammlg. I. 66; Dernburg, P. P.R. I. § 236, 8 Nr. 5.

[22] Pr. L.R. I. 9. 332; Dernburg, P. P.R. I. § 236, 8. Es ist bestritten, wie hier der Eigenthumsübergang sich vollziehe. Nach der einen Ansicht ist der Grundeigenthümer verpflichtet, das Grundeigenthum dem Bauenden zu überlassen, er ist also verpflichtet, den Grund an ihn zu veräußern, oder es wird sein Consens ergänzt Heydemann, Einleitung II. 66 und die dort citirten Erkenntnisse. Nach der andern Ansicht erwirbt der Bauende das Eigenthum durch den unwidersprochenen Bau, und es ist daher Auflassung nicht erforderlich Dernburg, P. P.R. I. § 236, 13; Achilles Ges. 91 Nr. 7; Turnau, Grb.O. II. 321. Die Geltung dieser Vorschrift ist nach Erk. O.Tr. 8/6 1877 Entsch. LXXX. 51 durch das E.E.G. 5/5 1872 nicht berührt.

[23] Pr. L.R. I. 9. 336—339; Förster Eccius § 176, 41.

[24] Sachsen B.G.B. § 286.

[25] Sachsen B.G.B. § 287.

[26] Oesterreich A.B.G.B. § 417.

Digitized by Google

führer ohne Auftrag behandelt[27]. Hat der Grundeigenthümer Kenntniß von der Bauführung gehabt und sie nicht sofort untersagt, so wird der redliche Bauführer Eigenthümer des Bodens gegen Ersatz des gemeinen Werths für den Grund[28]. Hat der Bauführer fremde Materialien benützt, so ist sein Verhältniß zum Grundeigenthümer dasselbe, wie wenn er eigne Materialien verbaut hat; dem Eigenthümer der Materialien aber hat er, wenn er in gutem Glauben war, den gemeinen, wenn er in bösem Glauben war, den höchsten Werth derselben zu ersetzen[29].

5. Nach französischem Recht bleibt das mit fremdem Material aufgeführte Gebäude dem Grundeigenthümer[30]. Hat dieser selbst mit fremdem Material gebaut, so muß er deren Werth bezahlen und nach Umständen Entschädigung leisten[31]. Hat der Eigenthümer des Materials auf fremdem Boden gebaut, so hat der Grundeigenthümer, wenn der Bauführer in bösem Glauben war, die Wahl, ob er das Gebäude gegen Ersatz des Arbeitslohnes und des Werths des Materials behalten oder den Bauführenden nöthigen will, das Bauwerk auf seine Kosten und unter Umständen mit Schadensersatzleistung hinwegzunehmen[32]. War der Bauführende in gutem Glauben, so kann der Grundeigenthümer die Wegräumung des Baus nicht fordern, sondern er hat die Wahl, ob er den Werth des Arbeitslohns und des Materials oder die Summe ersetzen will, um welche der Boden an seinem Werth erhöht worden ist[33].

II. Säen und Pflanzen[34]. Wird fremder Samen auf

---

[27] Oesterreich A.B.G.B. § 418.

[28] Oesterreich A.B.G.B. § 418. Der Grunderwerb durch den redlichen Bauführer erfolgt hier kraft Gesetzes. Stubenrauch, Commentar 508, 1; Randa, Eigenthumsrecht § 17, 11. A. M. Strohal, Eigenthum § 14, 3, der dem Bauführer nur einen obligatorischen Anspruch geben will.

[29] Oesterreich A.B.G.B. § 419.

[30] C. c. Art. 554. 555; Zachariä § 203, 2.

[31] C. c. Art. 554.

[32] C. c. Art. 555; Zachariä § 203, 4.

[33] C. c. Art. 555.

[34] Wächter, R.L. I. 22—25; Wächter, Pandekten § 133 Beil. IV; Schmid, Handbuch § 10, 78 f.; Gesterding, Eigenthum § 32; Windscheid § 188, 7; Lang, Sachenrecht § 36. I. 1; Curtius, P.R. § 534; Förster Eccius § 173 Nr. 5; Zachariä § 203.

Digitized by Google

einem Grundstück gesät oder eine fremde Pflanze auf einem Grundstück gepflanzt, so erwirbt der Eigenthümer [35] des Grundstücks das Eigenthum des Samens mit dem Aussäen [36], das der Pflanze sowie diese Wurzeln geschlagen hat [37]. Für das Rechtsverhältniß des Grundeigenthümers und des Eigenthümers der Materialien gelten dabei folgende Grundsätze:

1. Gemeinrechtlich und nach Preußischem Recht wird unterschieden, ob der Herr des Bodens selbst die Verbindung vorgenommen hat oder nicht.

a. Hat der Herr des Bodens selbst die Verbindung vorgenommen, so hat er, wenn er in gutem Glauben war, gemeinrechtlich den Betrag seiner Bereicherung herauszugeben [38], nach Preußischem Recht den höchsten Preis des Materials zu ersetzen [39]. War er in bösem Glauben, so hat er gemeinrechtlich den vollen Werth und das Interesse [40], nach Preußischem Recht den höchsten Preis mit Schadensersatz zu leisten [41]. Nach Bayrischem Landrecht hat der Eigenthümer ohne Unterscheidung, ob er in gutem oder bösem Glauben war, den nach unparteiischem Anschlag zu ermittelnden Werth der Materialien zu ersetzen [42].

---

[35] Nach Pr. L.R. I. 9. 275 fällt das Eigenthum demjenigen zu, dem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt. Gemeinrechtlich und nach den anderen Landesrechten werden Same und Pflanzen Theile des Bodens § 32 Inst. 2. 1; Bayr. L.R. II. 3. 18; Sachsen B.G.B. § 285; Oesterreich A.B.G.B. § 420; C. c. Art. 553.

[36] l. 53 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 78; Bayr. L.R. II. 3. 18; Pr. L.R. I. 9. 275; Sachsen B.G.B. § 285. A. M. Windscheid § 188, 7, der auch für das Besäen mit fremdem Samen das Wurzelschlagen voraussetzt. Anscheinend übereinstimmend damit Oesterreich A.B.G.B. § 420.

[37] l. 26 § 2 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 10, 83; Bayr. L.R. II. 3. 18; P. L.R. I. 9. 273; Sachsen B.G.B. § 285; Oesterreich A.B.G.B. § 420. Gemeinrechtlich ist hier nicht wie beim Bauen für den Fall der Trennung des Baums vom Boden der ursprüngliche Eigenthümer des Baums zur Vindikation berechtigt l. 9 § 2 D. 39, 2; Schmid, Handbuch § 10, 87; Windscheid § 188, 7.

[38] l. 23 § 5 D. 6. 1; Wächter, R.L. I. 24, 51; Schmid, Handbuch § 10, 80.

[39] Pr. L.R. I. 9. 283.

[40] Wächter, R.L. I. 24, 48—50.

[41] Pr. L.R. I. 9. 284. Er hat dem Materialeigenthümer den entgangenen Vortheil zu erstatten.

[42] Bayr. L.R. II. 3. 17 Nr. 3. Die hier für das Bebauen getroffene

Digitized by Google

b. Hat der Eigenthümer der Materialien die Verbindung vorgenommen, so hat er gemeinrechtlich Anspruch auf Ersatz des Werthes der Materialien wenn er in gutem Glauben war, insoferne die Verbindung als nothwendiger oder ertragerhöhender[43], wenn er in bösem Glauben war, insoferne sie als nothwendiger Aufwand erscheint[44], wobei der Anspruch nur durch Retention des Grundstücks geltend gemacht werden kann[45]. Nach Preußischem Landrecht hat der Grundherr, der die Früchte genießen will, dem gutgläubigen Besteller die erweislich, dem bösgläubigen Besteller die lokalwirthschaftlich verwendeten Kosten zu erstatten. Will er die Früchte nicht genießen, so hat der Besteller den Samen und die Pflanzen, soweit es ohne Beschädigung des Grundstücks möglich ist, zurückzunehmen und wenn ihm der Grundeigenthümer die Frucht überläßt, diesen für die entzogene Nutzung des Bodens zu entschädigen[46].

2. Nach Sächsischem[47], Oesterreichischem[48] und Französischem Recht[49] kommen für die Beurtheilung des Rechtsverhältnißes des Grundeigenthümers und Materialeigenthümers die für den Eigenthumserwerb durch Bebauen geltenden Grundsätze zur Anwendung.

III. Der Abriß (avulsio)[50]. Gemeinrechtlich bleiben Abrisse, nämlich der Landstücke, welche von einem Grundstück abgerissen und an ein anderes angetrieben werden, dem Eigenthümer,

---

Bestimmung ist durch Bayr. L.R. II. 3. 18 für den vorliegenden Fall als maßgebend erklärt.

[43] l. 5 l. 11 Cod. 3. 32; Wächter, R.L. I. 25, 52. Dieß gilt auch nach Bayerischem Landrecht, nach welchem die Vorschriften Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7 zur Anwendung kommen.

[44] Wächter, R.L. I. 24. 53. A. M. Gesterding, Eigenthum § 32, 4 und Schmid, Handbuch § 10, 82, die ihm jeden Anspruch absprechen. Nach Bayr. L.R. II. 2. 11 Nr. 6, welche Bestimmung nach L.R. II. 3. 18 zur Anwendung kommt, steht ihm der Anspruch zu.

[45] Wächter, R.L. I. 25, 54. Die von Manchen z. B. Glück, Commentar XI. 152 aufgestellte Behauptung, daß der Anspruch durch eine selbstständige Klage verfolgt werden könne, entbehrt der Begründung.

[46] Pr. L.R. I. 9. 276—281; Förster Eccius § 173, 40. 41.

[47] Sachsen B.G.B. § 287 vgl. oben Note 25.

[48] Oesterreich A.B.G.B. § 420 vgl. oben Note 26—29.

[49] C. c. Art. 553—555 vgl. oben Note 30—33.

[50] Wächter, R.L. I. 21; Gesterding, Eigenthum § 26; Schmid, Handbuch § 10, 10; Förster Eccius § 173, 19.

Digitized by Google

so lange sie mit dem Ufer, an das sie sich angelegt haben, nicht zusammengewachsen sind[51]. Mit Vollendung des Zusammenwachsens ist das Eigenthum des Abrißes auf den Ufereigenthümer übergegangen[52]. Diese Grundsätze kommen nur in einem Theil des Rechtsgebietes zur Anwendung[53]; nach den neueren Wassergesetzen ist die Zurücknahme von Seite des Eigenthümers an eine Präclusivfrist gebunden, nach deren Ablauf der Abriß dem Ufereigenthümer von selbst zufällt[54]. Nur nach Preußischem[55] und Französischem Recht[56] wird Occupation von Seite desselben vorausgesetzt.

B. Räumliche Ausdehnung einer unbeweglichen Sache.

Eine unbewegliche Sache kann in folgenden Fällen eine Ausdehnung oder Erweiterung erhalten:

I. Ueberschreiten der Grenze bei Bauten. Nach Preußischem Landrecht hat der Eigenthümer, der auf die Grenze bauen will, dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks Anzeige zu machen und dessen Einwilligung zu erholen, die als stillschweigend ertheilt angesehen wird, wenn der Nachbar auf die Anzeige keine Erklärung abgiebt[57]. Hat der Bauende durch Zufall, geringes

---

[51] l. 7 § 2 D. 41. 1; § 2 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 10, 10; Wächter, R.L. I. 21, 38. Bis dahin können sie von dem Eigenthümer vindicirt werden l. 9 § 2 D. 39. 2; Schmid, Handbuch § 10, 11.

[52] Wächter, R.L. I. 22, 39. Das Zusammenwachsen ergibt sich namentlich aus dem Hinübertreiben der Wurzeln der auf dem Abriß stehenden Bäume l. 7 § 2 D. 41. 1.

[53] Es ist der Fall in denjenigen Ländern, welche kein codificirtes Wasserrecht haben, namentlich in Württemberg Lang, Sachenrecht § 36, 25. Anerkannt ist der gemeinrechtliche Standpunkt in Sachsen B.G.B. § 282 und Gotha W.G. 12/4 1859 Art. 26.

[54] Bayern W.G. 28/5 1852 Art. 29—31; Braunschweig W.G. 20/6 1876 § 52; Rudolstadt W.G. 7/2 1868 Art. 25; Coburg W.G. 7/2 1871 Art. 25; Meiningen W.G. 6/5 1872 Art. 10; Altenburg W.G. 18/10 1865 § 52; Reuß j. L. W.G. 6/4 1872 Art. 25; Oesterreich A.B.G.B. § 412; Unger, Ö. P.R. § 104, 102.

[55] Pr. L.R. I. 9. 224; Förster Eccius § 173, 19.

[56] C. c. Art. 559; Zachariä § 203, 17; Aubry § 203 c; Baden L.R. Art. 559.

[57] Pr. L.R. I. 9. 340. 341; Förster Eccius § 176, 43. 44.

Digitized by Google

oder mäßiges Verſehen die in ſolcher Weiſe genehmigte Linie überſchritten, ſo erlangt er das Eigenthum der bebauten Fläche und der Nachbar hat nur billige Entſchädigung anzuſprechen [58]. Nach Württembergiſchem Recht geht, wenn der Eigenthümer eines Grundſtücks bei Aufführung eines Baus ohne Widerſpruch des Nachbarn die Grenze ſeines Eigenthums überſchritten hat, das Eigenthum des überbauten Grundes gegen volle Entſchädigung auf ihn über [59].

II. Die Anſpülung (alluvio) [60]. Gemeinrechtlich werden Anſpülungen von ſelbſt Theile des Ufergrundſtücks an das ſie ſich angelegt haben [61], fallen alſo dem Eigenthümer desſelben zu [62]. Es gilt dieß ſowohl für Privatgewäſſer als für öffentliche Gewäſſer [63]. Dieſer Grundſatz iſt auch in der Mehrzahl unſerer

---

[58] Pr. L.R. I. 9. 341; Förſter Eccius § 176, 45. Hat der Bauende die Grenzüberſchreitung ohne Anzeige oder gegen Willen des Nachbarn vorgenommen, ſo muß er das Gebäude zurückrücken Förſter Eccius § 176, 47.

[59] Bauordnung 6/10 1872 Art. 72, 1; Lang, Sachenrecht § 36, 21. Gemeinrechtlich iſt dieß nicht begründet Zaun, A. f. C.Pr. XLIII. 311.

[60] Wächter, R.L. I. 21; Schmid, Handbuch § 10, 8; Windſcheid § 185, 3; § 188, 3; Lang, Sachenrecht § 36, 23; Förſter, Eccius § 173, 11; Aubry § 203 a. Eine weitere Ausführung wird unten im Waſſerrecht gegeben werden.

[61] Es wird vorausgeſetzt, daß ſich die Anſchwemmung an dem Ufer befeſtigt habe und über das Waſſer geſtiegen ſei Erk. Celle 17/12 1867 Sf. XXI. 209; Stuttgart 16/6 1868 Sf. XXIII. 211.

[62] § 20 Inst. 2. 1; l. 7 § 1 D. 41. 1; Erk. Celle 11/1 1844 Sf. IX. 8; Schmid, Handbuch § 10, 9. Nach römiſchem Recht galt dieß nicht für agri limitati l. 16 D. 41. 1, welche Beſchränkung jedoch nicht mehr praktiſch iſt Geſterding, Eigenthum § 29; Schmid, Handbuch § 10, 8; Wächter, R.L. I. 19, 29; Erk. Lübeck 28/11 1868 Sf. XXIV. 189. Daß das Eigenthum, das durch Alluvion vergrößert werden ſoll, unmittelbar an das Waſſer ſtoße, iſt ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung. In Heſſen-Darmſtadt V. 16/5 1754 iſt daher beſtimmt, daß wenn das Ufergrundſtück mit Marksteinen gegen den Fluß abgeſteint iſt, die Alluvion dem Fiskus zufällt Müller, Ingroſſation § 33, 2. Nach franzöſiſchem Recht fällt die Alluvion nicht an den Eigenthümer, deſſen Ufergrundſtück von dem Waſſer durch einen öffentlichen Weg getrennt iſt Aubry § 203, 2.

[63] Wächter, R.L. I. 21, 35. Bei Seen halten auf Grund von l. 12 pr. D. 41. 1 die Alluvion für ausgeſchloſſen Geſterding, Eigenthum § 26, 1, Erk. Roſtock 2/6 1856 Budde II. 96, und es iſt dieß C. c. Art. 558 angenommen, ſ dagegen Schmid, Handbuch § 10, 9, der mit Recht hervorhebt, daß der Fall der Senkung des Waſſerſpiegels von der wirklichen Anſchwem-

Digitized by Google

Landesrechte angenommen [64] und nur vereinzelt findet sich der Grundsatz, daß die Alluvion in öffentlichen Flüssen an den Fiskus fällt [65].

III. Inseln [66]. Gemeinrechtlich [67] fällt die in dem Flußbett entstandene Insel in das Eigenthum der benachbarten Ufereigenthümer nach Maaßgabe einer durch die Mitte des Flusses der Länge nach zu ziehenden Linie [68]. Liegt die Insel nur auf der einen Seite dieser Linie, so fällt sie den Ufereigenthümern dieser Seite zu [69]; wird die Insel durch die Linie durchschnitten, so gehört den Eigenthümern eines jeden Ufers derjenige Theil der Insel, welcher zwischen der Linie und ihrem Ufereigenthum liegt [70]. Für die Betheiligung der Ufereigenthümer an dem Er-

mung zu unterscheiden sei, und daß die letztere bei Seen ebensogut vorkomme wie bei Flüssen.

[64] Pr. L.R. I. 9. 225. 227. II. 15. 56; Förster Eccius § 173, 11; Sachsen B.G.B. § 282; Braunschweig W.G. 20/6 1876, § 1; Gotha W.G. 12/4 1859 Art. 28; Rudolstadt W.G. 7/2 1868 Art. 25; Coburg W.G. 7/2 1871 Art. 25; Reuß j. L. W.G. 6/4 1872 Art. 25; Meiningen W.G. 6/5 1872 Art. 8; Oesterreich A.B.G.B. § 411; C. c. Art. 556. Nach Bayern W.G. Art. 25 und Baden W.G. 25/8 1876 Art. 84 fällt die Alluvion in öffentlichen und Privatflüssen an den Ufereigenthümer, außer wenn sie in Folge künstlicher Anlagen entsteht, in welchem Fall sie Eigenthum des Unternehmers wird.

[65] So in Schleswigholstein Paulsen, P.R. § 53; Esmarch, P.R. § 55 S. 139 und Nassau Bertram, P.R. § 139.

[66] Wächter, L.R. I. 14; Schmid, Handbuch § 10, 19; Gesterding, Eigenthum § 27; Henrici, zur Lehre vom Inselerwerb Jahrb. f. Dogm. XIII. 57; Windscheid § 185, 1; Förster Eccius § 173, 21 f.; Dernburg, P. P.R. I. § 237, 13; Bornemann, System II. 30 f.; Zrodlowski, Untersuchungen 130—153; Zachariä § 203, 19; Aubry § 203 a.

[67] Die gemeinrechtliche Geltung unterliegt keinem Zweifel Erk. Celle 1/8 1844 Sf. IX. 8; Berlin 20/4 1872 Sf. XXVI. 221. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts kommen daher diese Grundsätze allgemein zur Anwendung, soweit nicht besondere landesgesetzliche Bestimmungen vorliegen, namentlich in Schleswig-Holstein Erk. Berlin 20/4 1872 Sf. XXVI. 221; Württemberg Lang, Sachenrecht § 36, 30; Hessen-Darmstadt Müller, Ingrossation § 32, 9.

[68] l. 30 § 2 D. 41. 1. Der Erwerb erfolgt ipso jure Wächter, R.L. I. 14, 10.

[69] § 22 Inst. 2. 1; l. 7 § 3 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 10, 27; Wächter, R.L. I. 15, 12; Bayern W.G. Art. 48; C. c. Art. 561.

[70] l. 7 § 3 l. 29 l. 30 pr. § 2 D. 41. 1; Wächter, R.L. I. 14, 11; Schmid, Handbuch § 10, 28; Bayern W.G. Art. 48; C. c. Art. 561.

Digitized by Google

werb entscheiden die Grenzen ihrer Ufergrundstücke [71]. Hiezu verhalten sich unsere Landesrechte in folgender Weise:

1. Ein Theil der Landesrechte hat diese gemeinrechtlichen Grundsätze im ganzen zur Ausführung gebracht [72].

2. Ein Theil der Landesrechte unterscheidet die Inseln in öffentlichen Flüssen, die dem Staat, von denen in Privatflüssen, die den Anliegern nach Verhältniß ihres Ufereigenthums zufallen [73].

3. Nach Oesterreichischem Recht fallen Inseln in schiffbaren Flüssen von selbst dem Staat zu [74]. Entsteht eine Insel in der Mitte eines nicht schiffbaren Flusses, so sind die Eigenthümer der nach der Länge derselben an beiden Ufern liegenden Grundstücke ausschließend befugt, die entstandene Insel in zwei gleichen Theilen sich zuzueignen und nach Maaß der Länge ihrer Grundstücke unter sich zu theilen. Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so hat der Eigenthümer des näheren Uferlandes allein darauf Anspruch [75].

4. Nach Preußischem Landrecht können die Adjacenten von den in dem Fluß entstandenen Inseln nach Verhältniß ihrer Antheile Besitz ergreifen [76]. Berechtigt sind die Besitzer desjenigen Ufers, welchem sie am nächsten liegen [77]. Die Nähe bestimmt sich in der Art, daß zwischen den zwei den Endpunkten der Insel correspondirenden Punkten der Flußmitte eine gerade Linie gedacht wird, wobei die Uferbesitzer auf die Theile der Insel, die

---

[71] Der Anfall erfolgt nach der Breite des Ufergrundstücks Windscheid § 185, 1; Müller, Ingrossation § 33, 9; Lang, Sachenrecht § 36, 30; Bayern W.G. Art. 48; C. c. Art. 561.

[72] Sachsen B.G.B. § 281; Gotha W.G. 12/4 1859 § 25; Rudolstadt W.G. 7/2 1868 § 24; Coburg W.G. 7/2 1871 § 24; Reuß j. L. W.G. 6/4 1872 § 24; Meiningen W.G. 6/5 1872 Art. 11.

[73] Bayern W.G. Art. 28. 44 Roth, Bayr. C.R. (1) § 284, 6; § 290, 11; Braunschweig W.G. 20/6 1876 § 51; C. c. Art. 560. 561; Baden L.R. Art. 560. 561; Aubry § 203, 30. Nach diesen Rechten fällt das Eigenthumsrecht der Inseln in Privatflüssen von selbst den Ufereigenthümern zu.

[74] Oesterreich A.B.G.B. § 407; Randa, Wasserrecht 33, 2.

[75] Oesterreich A.B.G.B. § 407.

[76] Pr. L.R. I. 9. 244. 246. Dieß gilt durchgehend von den Inseln in Privatflüssen, von denen in öffentlichen Flüssen nur, insoferne nicht in den Provincialgesetzen ein Vorbehalt für den Staat gemacht ist.

[77] Pr. L.R. I. 9. 244.

Digitized by Google

zwischen ihrem Ufer und der Mittellinie liegen, Anspruch haben [78]. Der Erwerb erfolgt nur durch Occupation [79]. Machen nicht alle betheiligten Uferbesitzer von ihrem Occupationsrecht Gebrauch, so können die anderen nach vorheriger Aufforderung der Säumigen die Antheile derselben durch den Staat sich zueignen lassen [80]. Auch ohne Staatsgenehmigung erwirbt der Occupant durch dreijährigen ruhigen Besitz die occupirten Antheile [81].

IV. Das verlassene Flußbett (alveus derelictus) [82]. Steht das Flußbett in dem Eigenthum der Adjacenten, so tritt mit Aenderung des Wasserlaufs eine Aenderung in den Eigenthumsverhältnißen nicht ein, das Flußbett bleibt daher den bisherigen Eigenthümern [83], und das gleiche gilt von dem durch Senkung eines Privatsees trocken gelegten Land [84]. Ist das Flußbett im öffentlichen Eigenthum, so fällt es gemeinrechtlich den Adjacenten nach Verhältniß ihrer Uferantheile zu [85]. Dieß ist in einem Theil unserer Landesrechte bestätigt [86], während nach anderen dasselbe dem Staat verbleibt [87]. Nach Französischem Recht

---

[78] Pr. L.R. I. 9. 247—252. Es unterscheidet sich dieß insoferne von dem gemeinen Recht, als nicht wie nach diesem die entscheidende Mittellinie den Krümmungen des Flusses folgt, sondern an jedem Ende der Insel eine Querlinie von dem einen zum andern Ufer und zwischen diesen beiden eine gerade Linie gezogen wird Förster Eccius § 173, 25.

[79] Pr. L.R. I. 9. 244; Förster Eccius § 173, 28.

[80] Pr. L.R. I. 9. 254—256; Förster Eccius § 173, 29.

[81] Pr. L.R. I. 9. 257; Förster Eccius § 173, 30.

[82] Wächter, R.L. I. 16; Schmid, Handbuch § 10, 34; Gesterding, Eigenthum § 28; Windscheid § 185, 2; Lang, Sachenrecht § 36, 37; Förster Eccius § 173, 33; Dernburg, P. P.R. I. § 237, Nr. 4; Zrodlowski, Untersuchungen 153—172; Aubry § 203d. Die Darstellung im Einzelnen wird unten im Wasserrecht gegeben werden.

[83] l. 7 § 5 l. 30 § 1 D. 41. 1; Wächter, R.L. I. 16; Windscheid § 185, 2. Damit stimmen die unten Note 86 angeführten Landesrechte überein.

[84] Pr. L.R. I. 9. 267. 268; II. 15. 69; Förster Eccius § 173, 37. 38; Erk. Rostock Sf. XI. 16.

[85] l. 7 § 5 l. 30 § 1 D. 41. 1; Wächter, R.L. I. 17, 21; Schmid, Handbuch § 10, 40.

[86] Pr. L.R. I. 9. 263—273; Förster Eccius § 173, 33; Sachsen B.G.B. § 281; Gotha W.G. 12/4 1859 § 24; Rudolstadt W.G. 7/12 1868 § 23; Coburg W.G. 7/2 1871 § 23; Reuß j. L. W.G. 6/4 1872 § 23; Meiningen W.G. 6/5 1872 Art. 14; Oesterreich A.B.G.B. § 409. 410.

[87] Nach Bayern W.G. Art. 27 und Braunschweig W.G. Art. 52 wird

Digitized by Google

können bei öffentlichen und Privatflüssen die Eigenthümer der Grundstücke, auf denen sich das neue Flußbett gebildet hat, zur Entschädigung das alte Flußbett nach Verhältniß des Bodens, der ihnen weggenommen ward, occupiren [88].

C. Verbindung beweglicher Sachen.

Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer mit einander vereinigt, so richtet sich, wenn die Vereinigung mit beiderseitiger Einwilligung erfolgte, das Rechtsverhältniß nach dem Willen der Partheien [89]. Erfolgte die Vereinigung nicht mit beiderseitiger Einwilligung, so steht dem Eigenthümer, dessen Willen die Vereinigung nicht entspricht, ein Anspruch auf Trennung zu [90]. Ist diese nicht ausführbar, so wird gemeinrechtlich und nach dem auf gleichem Standpunkt stehenden Sächsischen und Französischen Recht zwischen Verbindung und Vermischung unterschieden und es wird bei der ersteren darauf gesehen, ob das Verhältniß von Hauptsache und Nebensache vorliege oder nicht, während nach Preußischem und Oesterreichischem Recht ohne Unterscheidung zwischen Verbindung und Vermischung das Verhältniß immer durch ein gesetzlich bestimmtes Wahlrecht der Betheiligten geregelt wird. Es ist demnach zu unterscheiden:

1. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht gelten folgende Grundsätze:

a. Vereinigung (adjunctio) [91]. Erscheint eine der verbundenen Sachen als die Hauptsache, so erwirbt ihr Eigenthümer mit der

---

das verlassene Flußbette der öffentlichen Flüsse zur Entschädigung der durch Aenderung des Wasserlaufs Beschädigten verwendet.

[88] C. c. Art. 563; Aubry § 203 d.

[89] Ist die Vereinigung mit beiderseitiger Einwilligung erfolgt, so wird, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Ganze gemeinschaftlich § 27, 28. Inst. 2. 1; l. 7 § 8 l. 25 D. 2. 1; Schmid, Handbuch § 12, 2; Windscheid § 189, 10; Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II. 3. 15; Förster Eccius § 176, 3.

[90] l. 6 D. 10. 4; l. 23 § 5 D. 6. 1; Windscheid § 189, 4a; Schmid, Handbuch § 10, 103; Bayr. L.R. II. 3. 16; Pr. L.R. I. 9. 298; Förster Eccius § 176, 2; Sachsen B.G.B. § 247; Oesterreich A.B.G.B. § 415; C. c. Art. 568. 573.

[91] Vgl. Wächter, R.L. I. 30; Gesterding, Eigenthum § 33. 34; Schmid, Handbuch § 10, 104 f.; Seuffert § 145; Windscheid § 189; Lang, Sachenrecht § 35, I; Aubry § 205.

Digitized by Google

Verbindung das Eigenthum der Nebensache [92]. Als Hauptsache wird dabei gemeinrechtlich diejenige angesehen, welche ohne die Nebensache für sich allein bestehen kann [93], oder die die Bedingung der Existenz der andern bildet [94], oder die für sich allein betrachtet, dem Ganzen am meisten gleichkommt [95]. Besonders bestimmt ist, daß bei der Schrift das Material [96], bei Gemälden die Malerei als die Hauptsache anzusehen sei [97]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. erwirbt derjenige, der eine fremde Sache für sich dadurch verwendet, daß er darauf schreibt, zeichnet, druckt, malt oder sonst Schriften oder Bilder bringt, das Eigenthum daran ausgenommen, wenn das Erzeugniß seiner Thätigkeit zu der Sache in einem untergeordneten Verhältniß steht [98]. Nach französischem Recht wird als Hauptsache diejenige angesehen, mit welcher die andere nur zum Gebrauch, zur Verschönerung oder zur Ergänzung vereinigt wurde [99]. Ist keiner dieser Gesichtspunkte maaßgebend, so ist gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht das Werthverhältniß zu berücksichtigen [100]. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer der Nebensache, der durch die Vereinigung sein Eigenthum verliert, einen Ersatzanspruch, den er gegen den Eigenthümer der Hauptsache klageweise geltend machen kann, wenn dieser die Verbindung vorgenommen hat [101]. Hat der Eigenthü-

---

[92] l. 23 § 2 D. 6. 1; Windscheid § 189, 2; Seuffert § 145, 3; Schmid, Handbuch § 10, 105; Bayr. L.R. II. 3. 16 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 247; C. c. Art. 566.

[93] Namentlich wenn die letztere nur zur Verzierung dient l. 26 § 1 l. 27 pr. § 2 D. 41. 1; Wächter, R.L. I. 30, 79; Bayr. L.R. II. 3. 16 Nr. 2.

[94] l. 23 § 3 D. 6. 1; Wächter, R.L. I. 30, 80; Bayr. L.R. II. 3. 16 Nr. 2.

[95] l. 23 § 1 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 106.

[96] l. 9 § 1 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 10, 96; Sintenis, C.R. § 50, 46; Seuffert § 145, 1. Abweichend läßt Bayr. L.R. II. 3. 19 das Ganze dem Schreiber.

[97] § 34 Inst. 2. 1; l. 9 § 2 D. 41, 1; l. 23 § 3 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 98; Windscheid § 189, 6; Sintenis § 50, 45; Seuffert § 145, 2. Dieß bestätigt Bayr. L.R. II. 3. 19.

[98] Sachsen B.G.B. § 252.

[99] C. c. Art. 567.

[100] l. 27 § 2 D. 41. 1; Wächter, R.L. I. 30, 81; Sachsen B.G.B. § 250; C. c. Art. 569.

[101] War der Verbindende in bona fide, so geht die Klage auf Ersatz der

Digitized by Google

mer der Nebensache die Verbindung vorgenommen, so hat er nur ein Retentionsrecht [102]. Nach Bayrischem Landrecht hat der Eigenthümer des Hauptttheils den Werth des adjungirten Theils zu vergüten ohne Unterscheidung, ob die Adjunktion bona oder mala fide geschah [103]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. hat, wenn die Verbindung von einem der Betheiligten in redlichem Glauben bewirkt worden ist, der Erwerber der fremden Sache, soweit er bereichert ist, dem vorigen Eigenthümer Ersatz zu leisten. Hat einer der Betheiligten wissentlich die fremde Sache mit der seinigen verbunden und erwirbt er dadurch die fremde Sache, so ist er dem Eigenthümer derselben zu vollem Ersatz verbunden; verliert er dadurch sein Eigenthum an den anderen, so hat er gegen letzteren nur Anspruch auf Ersatz, soweit die Verbindung als nothwendige Verwendung anzusehen ist [104]. Nach Französischem Recht hat der Herr der Hauptsache dem andern den Werth der mit ihr vereinigten Nebensache zu bezahlen [105]. Ist keine der verbundenen Sachen als Hauptsache anzusehen, so steht die Sache im Miteigenthum der Interessenten [106].

b. Vermischung (confusio commixtio) [107]. Werden flüssige

Nebensache l. 23 § 5 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 109; Seuffert § 145, 8; war er in mala fide, so geht sie auf das gesammte Interesse § 26 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 10, 110; Seuffert § 145, 7.

[102] Er hat, wenn er in bona fide war, ein Retentionsrecht für Ersatz des Betrags, um den die Sache für den Eigenthümer werthvoller geworden ist l. 23 § 4 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 10, 114; Windscheid § 190, 2; war er in mala fide nur für Ersatz der nothwendigen Verwendungen l. 5 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 10, 119; Seuffert § 145, 9. Unbegründet ist die von Seuffert § 145, 10 angenommene Meinung, daß ihm im ersteren Fall ein selbstständiges Klagerecht zustehe; die Quellen räumen ihm nur ein Retentionsrecht ein Windscheid § 190, 3.

[103] Bayr. L.R. II. 3. 16 Nr. 3. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 3. 16 macht nur für den Fall eine Ausnahme, daß der Eigenthümer der Nebensache in bösem Glauben die Adjunktion vorgenommen hat, indem er ihm hier den Anspruch auf Wertherſatz abspricht.

[104] Sachsen B.G.B. § 251.

[105] C. c. Art. 566.

[106] l. 3 § 2 D. 6. 1 Windscheid § 189, 2; Sachsen B.G.B. § 247.

[107] Gesterding, Eigenthum § 36. 37; Schmid, Handbuch § 12. 13; Wächter, Pandekten § 133 Beil. I. II; Windscheid § 189, 7; Sintenis, C.R. § 50, IV; Aubry § 205.

Digitized by Google

Sachen verschiedener Eigenthümer in der Art mit einander vermischt, daß eine Ausscheidung nicht möglich ist, so wird, wenn die Vermischung durch einen der Eigenthümer oder einen Dritten absichtlich erfolgte, der Mischende durch Specification Eigenthümer, wenn durch die Mischung eine neue von den vereinigten Substanzen begriffsmäßig verschiedene Masse entstanden ist [108]. Ist dieß nicht der Fall, so werden die Betheiligten Miteigenthümer, jeder nach Verhältniß des Werths seiner Sache [109]. Erfolgte die Mischung zufällig, so wird das Ganze immer gemeinschaftlich [110]. Werden trockene Stoffe mit einander vermischt, so verbleibt gemeinrechtlich [111] jedem der Eigenthümer der mit einander vermengten Körper sein bisheriges Eigenthum. Ist jedoch eine Ausscheidung nicht ausführbar, so ist die Theilung des Ganzen mit Rücksicht auf den Antheil des einzelnen an dem Stoff nach richterlichem Ermessen zu bewirken [112]. Eine Ausnahme ist nur für baares Geld begründet, das durch Vermengung, wenn es nicht mehr ausgeschieden werden kann, in das Eigenthum des Empfängers übergeht [113]. Nach Französischem Recht wird durch Vermischung mehrerer Stoffe, die sich nicht mehr trennen lassen, die Sache gemeinschaftlich. War der Stoff des einen der Menge und dem Werth nach von größerem Belang als der des andern, so kann der Eigenthümer des werthvolleren Stoffs gegen Abfindung der anderen die Sache sich aneignen. Bleibt die Sache gemeinschaftlich, so wird sie, wenn nichts anderes ausgemacht ist, öffentlich versteigert [114].

---

[108] l. 5 § 1 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 12, 3; Bayr. L.R. II. 3. 15; Sachsen B.G.B. § 248.

[109] l. 3 § 2 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 12, 6; Seuffert § 146, 4; Sachsen B.G.B. § 248.

[110] § 27 Inst. 2. 1; l. 7 § 9 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 12, 7. 8; Seuffert § 146, 3; Bayr. L.R. II. 3. 15.

[111] Bayr. L.R. II. 3. 15 und Sachsen B.G.B. § 248 machen diese Unterscheidung nicht, stellen vielmehr die commixtio der confusio gleich.

[112] § 28 Inst. 2. 1; l. 3 § 2 l. 5 pr. § 1 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 13, 6; Seuffert § 146, 7; Windscheid § 189, 7.

[113] l. 78 D. 46. 3; Schmid, Handbuch § 13, 8; Windscheid § 189, 8; Sachsen B.G.B. § 248.

[114] C. c. Art. 573—575.

Digitized by Google

2. Nach Preußischem Landrecht [115] und Oesterreichischem Recht ist bei Verbindung und Vermengung demjenigen, gegen dessen Willen oder ohne dessen Wissen die Verbindung erfolgt ist, ein Wahlrecht eingeräumt, das sich nach folgenden Grundsätzen richtet:

a. Hat derjenige, der die Verbindung vorgenommen hat, unredlich gehandelt, so hat der Benachtheiligte die Wahl, ob er gegen Vergütung der Verbesserung die Sache behalten [116], oder ob er sie dem anderen gegen Ersatz des Werthes seiner Sache überlassen wolle [117]. Nach Preußischem Recht hat der passive Theil außerdem Anspruch auf Ersatz des Schadens und des entgangenen Gewinnes [118].

b. Hat der Verbindende nicht unredlich gehandelt, so wird die Bestimmung nach dem Werth der beiderseitigen Antheile getroffen. Nach Preußischem Recht erhält der Verbindende, wenn sein Antheil der größere ist, das Ganze gegen Entschädigung des passiven Theils [119]; hat der passive Theil den größeren Antheil, so kann er nach seiner Wahl das Ganze gegen Entschädigung behalten oder dem Verbindenden gegen Ersatzleistung überlassen [120]. Läßt sich nicht festsetzen, welchem der Interessenten der größere Antheil zukommt, so hat der passive Theil das Wahlrecht [121]. Nach Oesterreichischem Recht ist demjenigen, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl überlassen [122].

---

[115] Förster Eccius § 176. I; Dernburg, P. P.R. I. § 235 Nr. 2.

[116] Nach Pr. L.R. I. 9, 299—301 ist der Arbeitslohn und Werth der Sache nach dem niedrigsten Satz veranschlagt zu ersetzen und fällt dem Fiskus zu. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 415 wird die Verbesserung ersetzt.

[117] Oesterreich A.B.G.B. § 415; nach Pr. L.R. I. 9. 302 erhält der passive Theil den höchsten Werth seiner Sache.

[118] Pr. L.R. I. 9. 303; Förster Eccius § 176, 7.

[119] Pr. L.R. I. 9. 312. 313; Förster Eccius § 176, 8.

[120] Pr. L.R. I. 9. 308—311; Förster Eccius § 176, 9.

[121] Pr. L.R. I. 9. 312.

[122] A.B.G.B. § 415.

Digitized by Google

Abschnitt 2.

Vom bisherigen Eigenthum unabhängiger Erwerb.

§ 245.

I. Die Occupation [1].

Die Occupation ist diejenige Erwerbsart, bei welcher durch einseitige Besitzergreifung Eigenthum erworben wird. Die Occupation setzt Herrnlosigkeit der occupirten Sache voraus [2]. Nach römischem Recht war Occupation nur zulässig an Sachen, die durch das Gesetz für herrnlos erklärt [3] oder die von ihrem Eigenthümer derelinquirt waren [4]. In unseren Landesrechten ist der Gesichtspunkt erweitert, und die Occupation ausgedehnt auf Sachen, die nachträglich für herrnlos erklärt werden [5]. Bei der Occupation ist daher zu unterscheiden:

---

[1] Gesterding, Eigenthum § 13—19; Pagenstecher, Eigenthum II. 57—92; Schmid, Handbuch § 7; Windscheid § 184; Stobbe P.R. § 91. 149; Förster Eccius § 174. 175; Dernburg, P. P.R. I. § 228—233; Lang, Sachenrecht § 33; Zachariä § 200; Aubry § 201.

[2] § 12 Inst. 2. 1; Bayr. L.R. II. 3. 2; Kreittmayr, Anm. init. zu L.R. II. 3. 2 und Anm. 1 zu L.R. II. 3. 5; Pr. L.R. I. 9. 9; Sachsen B.G.B. § 227. 228; Oesterreich A.B.G.B. § 381. 382. Einen anderen Standpunkt hat das französische Recht, indem es den Grundsatz ausspricht, daß herrnlose Sachen dem Staat gehören C. c. Art. 539. 713. Indessen ist die Occupation herrnloser Sachen dadurch nicht an sich ausgeschlossen sondern nur auf solche Sachen beschränkt, an denen nicht dem Staat ein privilegirtes Occupationsrecht zusteht Puchelt zu Zachariä § 174; Aubry § 168, 5.

[3] § 11 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 7, 39.

[4] § 47 Inst. 2. 1; l. 1 D. 41. 7; Schmid, Handbuch § 7, 40.

[5] Unter diesen Gesichtspunkt fällt der Eigenthumserwerb an gefundenen Sachen. Unsere Landesrechte gehen dabei von einem doppelten Princip aus, indem die einen den Eigenthumserwerb durch obrigkeitlichen Zuschlag oder mit Constatirung der Herrnlosigkeit, die andern durch Ersitzung des Finders vermitteln lassen. In dem ersten Falle liegt Occupation durch den Finder in Folge nachträglicher Herrnloserklärung oder Constatirung der Herrnlosigkeit vor Delbrück in Ihering, Jahrb. III. 41. A. M. Stobbe, P.R. § 149, 19, der annimmt, daß der Eigenthumserwerb unabhängig von dem animus des Finders eintrete. Dieß ist keinenfalls anwendbar für diejenigen Rechte, welche den Finder durch Ersitzung Eigenthümer werden lassen, da eine Ersitzung ohne die Absicht des Eigenthumserwerbs nicht denkbar ist. Aber auch da, wo der

Digitized by Google

I. Occupation herrnloser Sachen. Als herrnlose Sachen erscheinen:

1. Diejenigen, welche überhaupt nicht im Eigenthum gewesen sind, ursprünglich herrnlose Sachen. Für diese gilt der Grundsatz, daß sie, soweit nicht ein gesetzliches Verbot entgegensteht, von jedermann occupirt werden können[6]. Es findet dieß namentlich Anwendung

a. auf die Meeresprodukte[7];

b. auf den Thierfang. Wilde ungezähmte Thiere, soweit sie nicht zu den jagdbaren gehören, können von jedermann occupirt werden[8];

Eigenthumserwerb durch obrigkeitlichen Zuschlag oder nach vorheriger Constatirung der Herrnlosigkeit erfolgt, wird die Absicht des Finders, die Sache zu behalten, vorausgesetzt, indem der Zuschlag die Bedeutung einer Anerkennung der Herrnlosigkeit und demnach der Zulässigkeit der Occupation durch den Finder hat, und bei Constatirung der Herrnlosigkeit die darauf folgende Occupation von Seite des Finders gedacht ist. Vgl. unten Note 34 und 48.

[6] § 12 Inst. 2. 1; l. 3 D. 41. 1; Windscheid § 184, 1; Pr. L.R. I. 9. 7; Förster Eccius § 174, 1; Sachsen B.G.B. § 227. 228; Oesterreich A.B.G.B. § 382. Ueber den abweichenden Standpunkt des Französischen Rechts vgl. oben Note 2.

[7] § 18 Inst. 2. 1; l. 3 D. 1. 8; Gesterding Eigenthum § 16, 1. Dieß gilt namentlich nach Französischem Recht Zachariä § 200, 3; Aubry § 201, 3 b. Eine Ausnahme bildet das Bernsteinregal, das in den Provinzen Ostpreußen und Westpreußen noch im Bestand ist Dernburg, P. P.R. I. § 228, 11; Brünneck, das Recht der Zueignung der Meeresprodukte und das Bernsteinregal 1874.

[8] Stobbe, P.R. § 150 I. Nach römischem Recht war der Thierfang frei § 12—16 Inst. 2. 1. Gegen die Ansicht von Wächter, Sammlung von Abhandlungen I. 333 f., daß schon nach römischem Recht ein privilegirtes Jagdrecht anerkannt gewesen sei vgl. Windscheid § 184, 5; Brinz Pandekten (2) § 148, 22. Unsere Landesrechte schließen die freie Occupation jagdbarer Thiere aus unten Note 14. Ebenso ist die freie Occupation von Fischen in Landgewässern durch die Fischereirechte beschränkt unten Note 15. Soweit diese Beschränkungen nicht entgegenstehen, ist der Thierfang nach unseren Landesrechten jedermann gestattet Pr. L.R. I. 9. 114; Sachsen B.G.B. § 227. 229; Oesterreich A.B.G.B. § 383. Nach Pr. L.R. I. 9. 115 hat der Occupant, der fremden Grund und Boden ohne Vorwissen oder wider Willen des Eigenthümers betreten hat, den Thierfang an diesen auf Verlangen herauszugeben Förster Eccius § 174, 9.

Digitized by Google

c. Bienen [9]. Bienen in Stöcken sind nicht herrnlos [10]; der Eigenthümer hat das Recht der Bienenfolge [11], d. h. er darf das Nachbargrundstück betreten und den ausgeflogenen Schwarm fassen. Uebt der Eigenthümer dieses Recht nicht aus, so hat der Grundeigenthümer, auf dessen Grund sich der Schwarm niedergelassen hat, das Recht der Occupation [12].

Der Grundsatz, daß von Natur herrnlose Sachen von jedermann occupirt werden können, erleidet eine Ausnahme, insoferne das Gesetz für einzelne Arten von Sachen ein privilegirtes Occupationsrecht anerkennt. Es gilt dieß für vorbehaltene Mineralien, welche nach den Bestimmungen des Bergrechts nur von dem Bergeigenthümer occupirt werden dürfen [13], für jagdbare Thiere, deren Occupation nur dem Jagdberechtigten [14], für Fische in öffentlichen und Privatgewässern, deren Occupation nur dem Fischereiberechtigten zusteht [15]. Nach einzelnen Rechten hat der Staat ein pri-

---

[9] Busch, Handbuch des Bienenrechts 1830; Gans, Bienenrecht in R.L. II. 214; Stobbe, P.R. § 150. III.

[10] Pr. L.R. I. 9. 121; Kreittmayr, Anm. 2 d zu Bayr. L.R. II. 1. 7; Sachsen B.G.B. § 230; Oesterreich A.B.G.B. § 348. Für Bienen, die nicht in Stöcken gehalten sind, kommen die für den Thierfang geltenden Grundsätze zur Anwendung.

[11] Dieß wird auch gemeinrechtlich angenommen vgl. oben § 240, 6. Gesetzlich anerkannt ist es Pr. L.R. I. 9. 222; Baden L.R. Art. 564a und nach französischem Recht durch ein Gesetz 6/10 1791 Zachariä § 200, 18. Nach Sachsen B.G.B. § 230 und Oesterreich A.B.G.B. § 384 hat der Eigenthümer dieses Recht nur in den nächsten zwei Tagen nach dem Ausflug. Kreittmayr, Anm. 2 d zu Bayr. L.R. II. 1. 7 giebt ihm ein Vindikationsrecht.

[12] Stobbe, P.R. § 150, 17; Pr. L.R. I. 9, 125; Oesterreich A.B.G.B. § 384. Dieß ist auch nach Sächsischem Recht anzunehmen, obwohl B.G.B. § 230 den Bienenschwarm, den der Eigenthümer in den nächsten zwei Tagen nicht verfolgt hat, für herrnlos erklärt Schmidt, Vorlesungen § 52 Nr. 3. Es entspricht dieß dem älteren Recht Magdeburg Weichbild Art. 119; Curtius, P.R. § 511 b. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 384 ist das Occupationsrecht freigegeben, wenn sich der Schwarm auf gemeinem Grund niedergelassen hat.

[13] Das Recht der Gewinnung von vorbehaltenen Mineralien ist als privilegirtes Occupationsrecht aufzufassen Roth, Bayr. C.R. (1) § 244, 9; Dernburg P. P.R. I. 260, 3.

[14] Stobbe, P.R. § 151; Dernburg, P. P.R. I. § 229. Das Nähere werde ich im Jagdrecht ausführen.

[15] Stobbe, P.R. § 150. IV; Dernburg, P. P.R. I. § 230. Das Nähere werde ich im Wasserrecht ausführen.

Digitized by Google

vilegirtes Occupationsrecht für öde Gründe, die in Niemands Eigenthum stehen [16].

2. Verlassene Sachen. Dieß sind solche Sachen, deren Eigenthum der Eigenthümer ohne Uebertragung auf einen anderen aufgegeben hat [17]. Für diese gilt der Grundsatz, daß sie durch Besitzergreifung in das Eigenthum des Occupanten übergehen [18]. Eine Ausnahme ist begründet:

a. für Immobilien, indem nach einzelnen Rechten derelinquirte Immobilien in das Eigenthum des Staats fallen [19];

b. für Strandgüter, welche nach neuerem Recht der freien Occupation entzogen sind [20].

II. Der Fund [21]. Das römische Recht kannte Eigenthums-

---

[16] Bayern G.Mandat 24/3 1762; Kreittmayr, Anm. 5 zu Bayr. L.R. II. 1. 7; Roth, Bayr. C.R. (2) § 36, 44; Pr. L.R. II. 16. 3; Dernburg, P. P.R. I. § 228, 6; Oesterreich, Patent 17/4 1784 § 1; Hofdekret 7/1 1839 J.G.S. 325. Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. Stobbe, P.R. § 91, 3. Nach einzelnen Rechten steht für herrnlose Grundstücke innerhalb ihrer Feldmark das Occupationsrecht den Stadtgemeinden zu Stobbe, P.R. § 91, 6; Dernburg, P. P.R. I. § 228, 9; Platner, S.R. § 27, 2.

[17] § 47 Inst. 2. 1; Bayr. L.R. II. 3. 5; Pr. L.R. I. 9. 10; Sachsen B.G.B. § 228. Für Immobilien schreibt Sachsen B.G.B. § 294 gerichtliche Erklärung vor.

[18] § 47 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 7, 42; Pr. L.R. I. 9. 14; Förster Eccius § 174, 19; Windscheid § 184, 6; Bayr. L.R. II. 3. 2; Sachsen B.G.B. § 227; Oesterreich A.B.G.B. § 386. Nach C. c. Art. 539 gehören sie dem Staat Aubry § 170, 7.

[19] Bayern G.M. 24/3 1762 oben Note 16; Kreittmayr, Anm. 1 zu L.R. II. 3. 5; Roth, Bayr. C.R. (2) § 36, 45; Pr. L.R. I. 9. 15; II. 16. 12—14; Förster Eccius § 174, 4. 18. Vielfältig ist in Preußen durch provinzielle und statutarische Bestimmungen ein Recht der Stadtgemeinden auf Occupation in ihrer Feldmark und der Gutsherrn in ihrem Gutsbezirk anerkannt Dernburg P. P.R. I. § 228, 9. 10. Nach Sachsen B.G.B. § 294 fallen sie als erbloses Gut an den Staat.

[20] Für das Verhältniß der Strandgüter ist jetzt das R.G. 15/7 1874 maaßgebend, wonach Strandgüter, deren Eigenthümer nicht ermittelt werden kann, dem Landesfiskus zugewiesen werden Förster Eccius § 175, 32. Ueber das frühere Recht vgl. Stobbe § 149 IV.

[21] Delbrück, vom Finden verlorner Sachen in Ihering, Jahrb. III. 1; Gimmerthal vom Finden A. f. C.Pr. LII. 521; Schütze, vom Funddiebstahl A. f. P. R.W. II. 155. 293. 345; Wandersleben, vom Fund Gruchot XXII. 872; Luden, Fund und Schatz R.L. IV. 431; Schmid, Handbuch § 7, 38; Windscheid § 184 Nr. 3; Sintenis, C.R. § 50, 4; Hillebrand, P.R. § 51;

Digitized by Google

erwerb durch Finden nicht. Der Finder einer verlorenen Sache, der dieselbe zu sich nahm, hatte sie für den Eigenthümer zu verwahren, und dieselbe, wenn er sich meldete, zurückzugeben[22]. Das Nichtmelden des Eigenthümers war für den Finder ein Titel zur Erwerbung des Eigenthums nur insoferne, als er mit Verjährung der Vindikationsklage die Sache als herrnlos occupiren konnte[23]. Dagegen hatte das ältere deutsche Recht ein besonderes Verfahren für Behandlung der Fundsachen ausgebildet. Der Finder hatte den Fund der Obrigkeit anzuzeigen, die ein Aufgebot erließ. Meldete sich der Eigenthümer innerhalb einer bestimmten Frist, so hatte der Finder die Sache zurückzugeben, dabei aber Anspruch auf ein Fundgeld. Meldete sich der Eigenthümer nicht, so fiel die Sache in das Eigenthum des Finders[24]. Dieß ist die Grundlage der Entwicklung des Rechtsinstituts in unseren Landesrechten geworden, während das gemeine Recht auf dem Standpunkt des römischen Rechts stehen geblieben ist. Die von manchen vertretene Meinung, nämlich daß nach dem gegenwärtig geltenden gemeinen Recht der Finder unter gewissen Voraussetzungen durch

---

Stobbe, P.R. § 149, I; Förster Eccius § 175, I; Dernburg, P. P.R. I. § 232; Schwarzkopf, das Fundrecht in der Provinz Hannover Z. f. Hann. R. IV. 76; Lang, Sachenrecht § 33; Curtius, P.R. § 519; Unger, Ö. P.R. § 104, 93; Zachariä § 200, 4; Aubry § 201 Nr. 3. Als verloren ist diejenige Sache anzusehen, von der man nach den Umständen annehmen kann, daß der unbekannte Eigenthümer durch Zufall aus ihrem Besitz gekommen sei Schütze, A. f. Pr. R.W. II. 157; Dernburg, P. P.R. I. § 232 Nr. 1.

[22] Der Eigenthümer kann die Vindikationsklage stellen l. 67 D. 6. 1; Windscheid § 184, 7. Der Finder, der die Fundsache aufgenommen hat, steht im Verhältniß eines negotiorum gestor für den Eigenthümer Delbrück in Ihering III. 25, 2; Gimmerthal A. 526; Windscheid § 184, 7.

[23] Der Eigenthümer kann die Vindikationsklage nur stellen, so lange sie nicht verjährt ist Delbrück, in Ihering 9, 9; Sintenis, C.R. § 50, 4. Durch Verjährung der Eigenthumsklage hören die Rechte des Eigenthümers an der Sache auf, diese wird also dadurch herrnlos.

[24] Delbrück in Ihering 9—13; Stobbe, P.R. § 149, 6—11. Dieß war namentlich die Stellung des Ssp. II. 37, dessen Bestimmungen sich im gemeinen Sachsenrecht noch erhalten haben. Nach früherem Recht wurde vielfältig die Sache der Obrigkeit oder milden Anstalten zugesprochen Stobbe, P.R. § 149, 11; Delbrück in Ihering 13. Dieses Princip ist nur in dem Anhaltischen Recht erhalten, indem nach Anhalt. Ges. 10/5 1879 § 18 die Fundsache nach durchgeführtem Ediktalverfahren dem Landarmenfonds zugesprochen wird und der Finder nur Anspruch auf gesetzlichen Finderlohn hat.

Digitized by Google

Ersitzung[25] oder durch Ausschließung des Eigenthümers[26] das Eigenthum der Fundsache erwerben könne, entbehrt der Begründung. Wo nicht durch landesrechtliche Bestimmungen das Rechtsverhältniß anders geregelt ist, kann vielmehr in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts der Finder das Eigenthum der Fundsache nur durch eine nach Verjährung der Eigenthumsklage des Eigenthümers vorzunehmende Occupation erwerben[27]. Auf dem gleichen Standpunkt steht das französische Recht[28]. Dagegen ist in

---

[25] Es wird diese Meinung dadurch begründet, daß wenn der Eigenthümer nach durchgeführtem Ediktalverfahren sich nicht gemeldet habe, der Finder in die Stellung eines Usucapionsbesitzers versetzt werde Gimmerthal, A. 528; s. dagegen Delbrück in Ihering 37; Windscheid § 184, 7; Stobbe, P.R. § 149, 20a. Ich schließe mich der verneinenden Ansicht an, da ein Ediktalverfahren mit rechtlicher Wirkung gegen den Eigenthümer nur da eingeleitet werden kann, wo das Landesrecht dieß ausdrücklich vorschreibt Erk Cassel 25/7 1864 Sf. XXI. 15. Den Standpunkt der Ersitzung theilen Reyscher P.R. § 288, 9 und Lang, Sachenrecht § 33, 27, ohne daß dieß jedoch in dem Württembergischen Recht eine Begründung findet.

[26] Dieß ist die Ansicht von Delbrück, in Ihering 39 und 41, 23, der annimmt, daß sich ein gemeines Gewohnheitsrecht für den Eigenthumserwerb des Finders durch Präklusion des Eigenthümers nach durchgeführtem Aufgebotsverfahren ausgebildet habe. Allein es fehlt jeglicher Nachweis für die Bildung eines solchen Gewohnheitsrechts s. Sintenis, C.R. § 50, 4; Stobbe, P.R. § 149, 20a. Der von Delbrück für gemeinrechtlich erklärte Rechtssatz findet sich nur in einzelnen Landesrechten unten Note 35—47.

[27] Vgl. oben Note 22. 23; Erk. Cassel 24/5 1864 Sf. XXI. 15 ist ausgesprochen, daß gemeinrechtlich der Finder den Fund der Obrigkeit anzuzeigen habe, um sich gegen den Verdacht des Funddiebstahls zu verwahren; er erwerbe wenn der Eigenthümer sich nicht melde weder Eigenthum noch Usucapionsbesitz, wohl aber komme er in die Lage vorwurfsfrei, wenn auch auf Verantwortung vor dem künftigen Eigenthümer, über die Sache zu verfügen.

[28] Nach älterem Recht fielen die Fundstücke (épaves) den Gerichtsherrn theils ganz theils in Gemeinschaft mit dem Finder zu. Durch Gesetz vom 13. und 20. April 1791 wurde das Recht der Gerichtsherrn aufgehoben, ohne daß weitere Bestimmungen getroffen wurden. In C. c. Art. 717, 2 sind besondere Gesetze in Aussicht genommen, die aber nicht erlassen wurden. Manche nehmen daher an, daß die Fundstücke dem Staat zufallen, überwiegend erklärt sich jedoch die Jurisprudenz für den Eigenthumserwerb des Finders Zachariä § 200, 4; Aubry § 201, 46. Bekanntmachung oder Anzeige ist nicht vorgeschrieben. Nach C. c. Art. 2279, 2 kann der Eigenthümer die verlorene Sache innerhalb 3 Jahren vindiciren. Es gilt dieß auch gegenüber dem Finder. A. M. Aubry § 201, 49, der die dreijährige Frist nur gegenüber dem dritten Besitzer laufen

Digitized by Google

mehreren Landesrechten anerkannt, daß der Finder unter gewissen Voraussetzungen das Eigenthum der Fundsache erwerbe. Diese Landesrechte vertreten ein doppeltes Princip:

1. Der eine Theil läßt den Finder durch Ersitzung Eigenthum erwerben. Nach Bayrischem Recht erwirbt der Finder, der den Fund gehörig bekannt gemacht hat, das Eigenthum der Fundsache, wenn sich der Eigenthümer innerhalb der Ersitzungszeit nicht gemeldet hat, durch Ersitzung [29]. Nach Oesterreichischem Recht hat der Finder einer Sache, deren voriger Besitzer unbekannt ist, wenn der Werth 12 Gulden übersteigt, innerhalb 8 Tagen Anzeige an die Obrigkeit zu erstatten, welche die öffentliche Bekanntmachung zu erlassen hat [30]. Meldet sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer innerhalb eines Jahres von der Kundmachung an, so wird ihm das Fundstück gegen Erstattung der Auslagen und eines nach dem Werth zu berechnenden Finderlohnes verabfolgt [31]. Meldet sich der Berechtigte innerhalb Jahresfrist nicht, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder, wenn sie verkauft ist, den daraus gelösten Werth zu benützen [32] und erwirbt das Eigenthum daran in der Ersitzungszeit [33].

läßt, gegen den Finder aber die rei vindicatio mit dreißigjähriger Verjährung gewähren will A. M. Zachariä § 215 a, 10. Nach Dekret 13/8 1810 und Ordonnance 22/2 1822 fallen Sachen, die in einer Gerichtskanzlei in Geschäftsstuben oder in öffentlichen Wägen liegen geblieben sind, dem Staate zu Zachariä § 200, 4; Aubry § 170, 8—12.

[29] Bayr. L.R. II. 3. 5. Dieß ist durch V. 22/11 1815 Moriz, Novellen 184 auf das ganze Rechtsgebiet ausgedehnt. Ein Finderlohn ist nicht gegeben. Das gleiche Verfahren wird in dem gemeinrechtlichen Theil von Hannover nach Herkommen eingeschlagen Schwarzkopf, das Fundrecht in der Provinz Hannover Z. f. Hann. R. IV. 76.

[30] A.B.G.B. § 390. Bei Fundsachen, deren Werth einen Gulden übersteigt, aber den Betrag von 12 Gulden nicht erreicht, hat der Finder selbst die Bekanntmachung zu erlassen A.B.G.B. § 389.

[31] A.B.G.B. § 391. Der Finderlohn beträgt 10% des Werths, und wenn er den Betrag von 1000 Gulden erreicht hat, für das Uebermaaß 5% A.B.G.B. § 391.

[32] A.B.G.B. § 392.

[33] A.B.G.B. § 392. Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm nach Abzug der Kosten und des Finderlohnes die Sache oder der gelöste Werth sammt den daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden. Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder gleich einem redlichen Besitzer das Eigenthumsrecht. Unger, Ö. P.R. § 104, 99 sieht darin einen Fall der

Digitized by Google

2. Der andere Theil der Landesrechte beruht auf dem Princip, daß nachdem durch Ediktalverfahren die Herrnlosigkeit der Fundsache constatirt ist, der Finder Eigenthümer der Fundsache wird. Es findet sich dieß in doppelter Weise durchgeführt:

a. Nach der einen Classe von Rechten fällt das Eigenthum des Fundstücks dem Finder von selbst zu, wenn der Eigenthümer auf das eingeleitete Ediktalverfahren innerhalb der bestimmten Frist sich nicht gemeldet hat. Es ist dieß dahin aufzufassen, daß nachdem die Herrnlosigkeit der Sache constatirt ist, das Occupationsrecht des Finders zur Anerkennung gelangt [34]. Dieser Categorie gehören folgende Landesrechte an: Nach gemeinem Sachsenrecht wird, wenn sich der Eigenthümer innerhalb 6 Wochen nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung nicht meldet, die Sache zwischen Finder und Obrigkeit zu 1/3 und 2/3 getheilt [35]. Nach Preußischem Landrecht hat der Finder einer verlorenen Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist, der nächsten Obrigkeit Anzeige zu erstatten [36]. Der Finder hat die Sache zu verwahren [37] und

---

Extinctivverjährung mit der Wirkung der Acquisitivverjährung (Verschweigen). Wahrscheinlicher ist jedoch, daß im Gesetzbuch die im vorigen Jahrhundert übliche Ansicht, daß der Finder durch das Aufgebot Usukapionsbesitz erhalte, wiedergegeben werden sollte. Vgl. oben Note 25 und 29 und Delbrück in Ihering 38.

[34] Delbrück in Ihering 46. Es ist dabei nicht vorausgesetzt, daß die Occupation erst nach Anerkennung der Herrnlosigkeit eintrete; der Finder kann zur Zeit des Auffindens bereits den Entschluß gefaßt haben, die Sache zu behalten, wenn der Eigenthümer sich nicht ermitteln lasse. Es findet dann, wie Delbrück in Ihering 47 ausführt ein Erwerb ex tunc statt.

[35] Es beruht dieß auf Ssp. II. 29. 37, und kommt in den Thüringischen Staaten im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts und in Holstein im Gebiet des Sachsenspiegels zur Anwendung Haubold, P.R. § 182; Paulsen, P.R. § 49, 2. Im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts hat nach dem Gerichtsgebrauch der Eigenthümer der sich meldet, dem Finder einen Finderlohn von ein Drittel des Werthes nur dann zu verabreichen, wenn er mit ihm nicht der gleichen Gerichtsbarkeit untergeben ist.

[36] Pr. L.R. I. 9. 20. Durch Sachsen-Weimar Ges. 25/9 1846 sind die Bestimmungen des Preußischen Landrechts für die Behandlung von Fundsachen auf der Thüringischen Eisenbahn als anwendbar erklärt.

[37] Nach Pr. L.R. I. 9. 23 hatte der Finder die Sache zur gerichtlichen Verwahrung anzubieten und behielt die Verwahrung nur, wenn sie ihm vom Gericht übertragen wurde. Dieß ist durch Pr. A.G. zur C.Pr.O. § 23, 2

Digitized by Google

kann, wenn die Beschaffenheit derselben es als erforderlich erscheinen läßt, den gerichtlichen Verkauf der Sache beantragen, wobei das Kaufgeld an die Stelle der Fundsache tritt[38]. Meldet sich der Verlierer, so kann dieser Herausgabe der Fundsache gegen Ersatz der darauf verwendeten Kosten und Zahlung eines nach dem Werth der Sache zu bemessenden Finderlohnes ansprechen[39]. Legitimirt zur Abforderung ist jeder der nachweisen kann, daß er die Sache innegehabt und verloren habe[40]. Auf Antrag des Finders wird ein Aufgebot erlassen[41], und durch Ausschlußurtheil dem unbekannten Verlierer oder Eigenthümer, der sich nicht gemeldet hat, nur der Anspruch auf Herausgabe des durch den Fund erlangten und zur Zeit der Erhebung des Anspruchs noch vorhandenen Vortheils vorbehalten[42]. Der Finder wird hiernach Eigenthümer der Fundsache und ist zur Herausgabe nur verpflichtet, so weit die Sache oder ihr Werth noch in seinen Händen ist[43]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. erwirbt der Finder

---

aufgehoben, dem Finder ist jedoch freiwillige Hinterlegung gestattet. Nach Reglement 21/4 1882 über Behandlung von Fundsachen haben sich die Polizeibehörden auf Antrag des Finders der Verwahrung von Fundsachen zu unterziehen Förster Eccius § 175, 25. Der Finder, der die Fundsache in Verwahrung hat, hat auch nach Preußischem Recht die Stellung eines negotiorum gestor des Verlierenden Förster Eccius § 175, 5.

[38] A.G. zur C.Pr.O. § 23, 3. Nach der dadurch aufgehobenen Bestimmung Pr. L.R. I. 9. 27. 28 wurde der Verkauf von Amtswegen verfügt Förster Eccius § 175, 16.

[39] Pr. L.R. I. 9. 57. 70. Der Anspruch auf den Finderlohn geht verloren, wenn die Anzeige des Fundes nicht rechtzeitig erfolgte Pr. L.R. I. 9. 70; Förster Eccius § 175, 26—29. Von Manchen wird angenommen, daß Verzögern der Anzeige den Verlust aller Rechte des Finders zur Folge habe, s. dagegen Förster Eccius § 175, 29; Dernburg, P. P.R. I. § 232, 11.

[40] Pr. L.R. I. 9. 57—59; Förster Eccius § 175, 24.

[41] P.A.G. zu C.Pr.O. § 23, 2. Nach dem früheren durch diese Bestimmung beseitigten Recht wurde, wenn in den der Anzeige folgenden acht Tagen der Verlierende nicht ermittelt wurde, ein Aufgebot von Amtswegen erlassen, und wenn der Verlierende sich nicht meldete, das Eigenthum der Sache dem Finder bei Beträgen über 300 Mark dem Finder und der Ortsarmenkasse gemeinsam zugeschlagen Pr. L.R. I. 9. 31—48; Förster Eccius § 175, 19.

[42] Pr. A.G. zur C.Pr.O. § 23, 5; Förster Eccius § 175, 21.

[43] Daß der Finder hiernach Eigenthümer werde und über die Sache verfügen könne, ohne zum Ersatz des Verbrauchten verpflichtet zu sein, geht aus den Motiven hervor. Nur soweit er die Sache selbst oder deren Werth ganz

Digitized by Google

einer Sache, deren Werth 3 Mark nicht übersteigt, das Eigenthum innerhalb eines Jahres von der Zeit des Fundes an, ohne daß es einer Anzeige oder Bekanntmachung bedürfte. Uebersteigt der Werth der Fundsache 3 Mark, so hat der Finder innerhalb vier Wochen von der Zeit des Fundes an der Polizeibehörde des Fundortes Anzeige zu erstatten, die bei einem Werthbetrag von 150 Mark einmal, bei einem Werthbetrag über 150 Mark zweimal den Fund bekannt macht. Meldet sich innerhalb eines Jahres von der letzten Bekanntmachung an ein zur Abforderung Berechtigter, so hat der Finder die Sache nach Abzug der nothwendigen und nützlichen Verwendungen und eines nach dem Werth zu bestimmenden Finderlohnes an denselben herauszugeben. Meldet sich innerhalb eines Jahres von der letzten Bekanntmachung an ein zur Abforderung des Fundstücks Berechtigter nicht, so erwirbt der Finder das Eigenthum des Fundstücks[44]. Hat der Finder nicht innerhalb 4 Wochen die Anzeige erstattet, so erwirbt der Staat das Eigenthum der Fundsache[45]. Nach Badischem Landrecht erwirbt der Finder das Eigenthum des Fundstücks, wenn er an dem Ort des Fundes diesen öffentlich bekannt gemacht und in drei Jahren der vorige Inhaber die Sache nicht zurückverlangt hat[46]. Nach dem Recht der Stadt Bremen hat der Finder binnen 8 Tagen nach der Auffindung die Sache an die Polizeibehörde, welche die öffentliche Bekanntmachung zu erlassen hat, abzuliefern, bei größeren Fundstücken hat er den Fund nur anzumelden, und erwirbt nach Ablauf der gesetzlichen Frist, wenn sich der Verlie-

---

oder theilweise noch hat, ist er zur Herausgabe gegen Ersatz der Kosten und des Finderlohnes verpflichtet. Es kommt hier das Princip zur Anwendung, das für Restitution des Vermögens des für verschollen Erklärten gilt oben § 61, 143. Gegen die Ansicht, daß nach dieser Bestimmung der Finder als das Eigenthum erwerbend anzusehen sei, erklärt sich Dernburg P. P.R. I. § 232, 16, dafür, Förster Eccius § 175, 21.

[44] Sachsen B.G.B. § 239—242. Der Finderlohn beträgt 10% des nach Abzug der Kosten sich ergebenden Werthes. Beträgt der Werth über 300 Mark, so beträgt der Finderlohn von dem über 300 Mark sich ergebenden Werthbetrag 4%.

[45] Sachsen B.G.B. § 243.

[46] Baden L.R. Art. 717a. Nach Ges. 16/3 1860 kann die Verwaltung der Verkehrsanstalten die in Wägen und Räumen ihres Betriebs gefundenen Sachen und die unbestellbaren Post- und Eisenbahnsendungen nach Verlauf eines Jahres einziehen.!

Digitized by Google

rende nicht gemeldet hat, das Eigenthum des Fundstücks, wobei jedoch dem Eigenthümer noch drei Jahre lang ein Anspruch auf Herausgabe der Sache oder der Bereicherung zusteht[47].

b. Nach der anderen Classe von Rechten wird das Eigenthum der Fundsache nach durchgeführtem Ediktalverfahren dem Finder richterlich zugesprochen[48]. Es findet sich dieß jetzt nur noch in den Rechten von Braunschweig und Coburg[49]. Nach Braunschweigischem Recht wird die Fundsache, wenn sich auf öffentliche Bekanntmachung der Eigenthümer innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht gemeldet hat, dem Finder durch die Obrigkeit zugeschlagen[50]. Nach der Coburger Verordnung 29/5 1834 hat der Finder die Fundsache binnen 8 Tagen an die Ortsobrigkeit abzuliefern, und es wird ihm, wenn sich auf ergangene Ediktalladung der Eigenthümer nicht meldet, auf Verlangen das Eigenthum des Fundstücks richterlich zugesprochen.

III. Der Schatz[51]. Zum Begriff des Schatzes gehört, daß verborgene[52] werthvolle Gegenstände[53] gefunden werden, deren

---

[47] Bremen Ges. 7/2 1873 die Anmeldung und den Erwerb gefundener Sachen betreffend § 1. 2. 4. Die Fristen betragen 4 Wochen bei einem Werth von 2—100 Mark und drei Monate bei einem Werth über 100 Mark. Das Eigenthum geht nach Verlauf dieser Frist auf den Finder über, und der frühere Eigenthümer ist berechtigt, dasselbe in den nächsten drei Jahren wieder zu erwerben.

[48] Auch hier liegt das oben Note 5 charakterisirte Verhältniß vor. Der Zuschlag hat nur die Bedeutung eines Ausspruchs, daß für die Herrnlosigkeit der Sache eine Präsumtion spreche, und deßhalb die Occupation durch den Finder zuläßig sei.

[49] Die gleiche Stellung hatte früher das Preußische Landrecht, durch A.G. zu der D. C.P.O. ist indessen der in dem früheren Recht begründete richterliche Zuschlag beseitigt, oben Note 42.

[50] V. 15/4 1824 Steinacker, P.R. § 177.

[51] Gimmerthal, A. f. C.Pr. LI. 63; Windscheid § 184, 4; Stobbe, P.R. § 149. III; Förster Eccius § 175, 38 f.; Roth, Bayr. C.R. (1) § 140 Nr. 3; Zachariä § 200; Aubry § 201 Nr. 3.

[52] Wesentlich ist das Verborgensein l. 31 § 1 D. 41. 1; l. un. Cod. 10. 15; Bayr. L.R. II. 3. 4; Pr. L.R. I. 9. 74; Sachsen B.G.B. § 233; Oesterreich A.B.G.B. § 398; C. c. Art. 716. Daß auch die in Mobilien verborgenen Sachen als Schatz zu behandeln seien, wird jetzt allgemein angenommen Pagenstecher, Eigenthum II. 88; Sell, Versuche I. 145; Windscheid § 184, 11. Auch für das Preußische Recht nehmen dieß an Förster Eccius

Digitized by Google

Eigenthümer durch die Länge der Zeit unbekannt geworden ist und nicht ermittelt werden kann[54]. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht ist es eine bloße Thatfrage, ob der Schatz nach den Umständen als herrnlos anzusehen sei[55], während nach Preußischem[56] und Oesterreichischem Recht[57] eine besondere Constatirung vorgeschrieben ist. Nach älterem deutschem Recht war vielfältig die Regalität der Schätze anerkannt[58]; gemeinrechtlich und nach unseren Landesrechten sind jetzt die Grundsätze des römischen Rechts maaßgebend[59]. Gemeinrechtlich und

---

§ 175, 39; Dernburg, P. P.R. I. § 233, 2; ebenso für das französische Recht Aubry § 201, 28.

[53] Im gewöhnlichen Leben versteht man unter Schatz Geld und Kostbarkeiten, und es stimmt damit überein l. 31 § 1 D. 41. 1; Oesterreich A.B.G.B. § 398. Ausdehnender ist die Erklärung von Kreittmayr, Anm. 1 zu Bayr. L.R. II. 3. 4 „Geld und andere kostbare Mobilien"; Pr. L.R. I. 9. 74 „Sachen von einigem Werth"; Sachsen B.G.B. § 233 „verborgene Sachen"; C. c. Art. 716 „jede verborgene oder vergrabene Sache".

[54] l. un. Cod. 10. 15; Schmid, Handbuch § 7, 52; Windscheid § 184, 8; Förster Eccius § 175, 40; Bayr. L.R. II. 3. 4; Sachsen B.G.B. § 233; Oesterreich A.B.G.B. § 398.

[55] l. 31 § 1 D. 41. 1: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cujus non extat memoria ut jam dominum non habeat; Bayr. L.R. II. 3. 4: Gefundener Schätze halber, welche so lange ... verborgen gewesen, daß man den Eigenthümer nicht mehr davon weiß. Nach C. c. Art. 716 ist Schatz jede verborgene Sache, woran Niemand ein Eigenthum darthun kann Aubry § 201, 29. Nach Sachsen B.G.B. § 238 kann derjenige, der ein Recht auf die entdeckten Sachen hat, eine öffentliche Aufforderung der sonst etwa Berechtigten beantragen, ohne daß ihm ein derartiges Verfahren vorgeschrieben wäre.

[56] Nach Pr. L.R. I. 9. 75—80 hat der Finder der Obrigkeit binnen 4 Wochen Anzeige zu erstatten. Ergibt sich aus der Beschaffenheit, daß die Sache schon über 100 Jahre verborgen gewesen sei, so gilt sie ohne weiteres als Schatz, außerdem nach früherem Recht nur nach vorgängigem Aufgebot, für welches die bei Fundsachen geltenden Bestimmungen maßgebend waren Förster Eccius § 175, 43. Nach A.G. zur C.P.O. § 23 erfolgt jetzt das Aufgebot nur auf den Antrag eines Betheiligten.

[57] Nach Oesterreich A.B.G.B. § 397 wird wie bei Fundsachen verfahren.

[58] S. den Nachweis bei Stobbe, P.R. § 149, 22—25. Die Regalität des Schatzes ist noch anerkannt in Schwarzburg-Rudolstadt Heimbach. P.R. § 180, 7 und nach Jütisch Low II. 113 Paulsen, P.R. § 50, 1.

[59] Es gilt dieß namentlich für Holstein Falck, P.R. III. § 88, 57; Paulsen, P.R. § 50, 2; Kurhessen Platner, Sachenrecht § 27, 3; Nassau Bertram,

Digitized by Google

nach Sächsischem Recht fällt der Schatz, zu dessen Auffindung strafbare Mittel angewendet werden, an den Fiskus [60]; nach Bayrischem und Preußischem Landrecht gilt dieß nur für den Antheil desjenigen, der die strafbare Handlung verübt hat [61]. Außerdem fällt der Schatz, wenn der Finder und der Eigenthümer des Fundorts verschiedene Personen sind, in ihr Miteigenthum [62]. Hatte der Finder absichtlich und ohne Erlaubniß des Eigenthümers des Fundortes gesucht, so fällt er ganz an den letzteren [63]; nach Preußischem und Oesterreichischem Recht fällt in dem letzteren Fall der Antheil des Finders an den Fiskus [64]. Hat der Eigenthümer des Fundortes den Schatz gefunden, so wird er Alleineigenthümer [65]. Für die Bestimmung der Rechte des Eigenthümers des Fundortes

---

P.R. § 88; Württemberg Lang, Sachenrecht § 33, 32; dem Rechtsgebiet des gemeinen Sachsenrechts Heimbach, P.R. § 180 Nr. 2; Mecklenburg Kamptz, P.R. § 43, 4. Die neueren Landesrechte haben alle die gemeinrechtlichen Principien zur Grundlage genommen, unten Note 62. Eine Ausnahme macht nur das Bayrische Landrecht, welches ein Recht des Fiskus auf einen Theil des Schatzfundes anerkennt. Der gleiche Grundsatz galt nach Oesterreichischem Rechte, die neue Gesetzgebung hat dieß jedoch geändert, unten Note 62.

[60] § 39 Inst. 2. 1; l. un. Cod. 10. 15; Windscheid § 184, 10; Sachsen B.G.B. § 237. Das Oesterreichische und Französische Recht haben diese Bestimmung nicht aufgenommen.

[61] Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 3; Pr. L.R. I. 9. 86—88.

[62] § 39 Inst. 2. 1. Damit übereinstimmend Pr. L.R. I. 9. 82. 83; Sachsen B.G.B. § 233; C. civ. Art. 716. Nach § 39 Inst. 2. 1 soll der in sacro et religioso loco gefundene Schatz ganz an den Finder fallen, während l. 3 § 10 D. 49. 14 dem Fiskus die Hälfte zuspricht. Vgl. über die daran sich knüpfende Controverse Gimmerthal in A. f. C.Pr. LI. 70, 8. Jetzt hat die kirchliche Stiftung als Eigenthümerin Anspruch auf die Schatzhälfte Windscheid § 184, 10; Lang, Sachenrecht § 33, 36. Dieß ist auch die Auffassung des Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 4. Nach Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 1. 2 gehört der Schatz zu $^2/_3$ dem Fiskus und nur $^1/_3$ fällt an den Finder und Eigenthümer oder an den letzteren allein. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 399 fiel $^1/_3$ an den Fiskus, $^2/_3$ an den Finder und Eigenthümer. Durch Hofdekret 16/6 1846 Nr. 1 ist jedoch diese Bestimmung aufgehoben und durch den gemeinrechtlichen Grundsatz ersetzt.

[63] l. un. Cod. 10. 15 Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 237. Auch für das Französische Recht nimmt dieß an Aubry § 201, 83.

[64] Pr. L.R. I. 9. 85; Oesterreich A.B.G.B. § 400.

[65] § 39 Inst. 2. 1; Förster Eccius § 175, 48. Dieß kommt auch zur Anwendung, wenn er mit der Nachforschung Fremde beauftragt hat Schmid, Handbuch § 7, 54; Sachsen B.G.B. § 234; Aubry § 201, 34.

Digitized by Google

gelten dabei folgende Grundsätze: Miteigenthümer erwerben den Schatz zu ihrem Antheile[66]. Wird der Schatz auf der Grenze gefunden, so fällt derselbe oder der Antheil des Eigenthümers an die beiden Nachbarn[67]. Bei getheiltem Eigenthum fällt der Antheil des Eigenthümers an den Nutzungsberechtigten[68]. Ist der Fundort ein Objekt, an dem ein dingliches Nutzungsrecht bestellt ist, so fällt der Antheil des Eigenthümers nicht an den Nutzungsberechtigten sondern an den Eigenthümer[69]. Der Eigenthumserwerb beim Schatzfund ist unter den Gesichtspunkt der Occupation zu stellen[70], wobei, wenn Finder und Eigenthümer verschiedene Personen sind, der erstere für den letzteren erwirbt[71].

---

[66] Pr. L.R. I. 9. 90. Ist einer der Miteigenthümer der Finder, so erhält er den Finderantheil Förster Eccius § 175, 55.

[67] Gemeinrechtlich war dieß bestritten s. Förster Eccius § 175, 58. Die angegebene Entscheidung treffen Pr. L.R. I. 9. 91. 92 und Sachsen B.G.B. § 235.

[68] Für das gemeine Recht nimmt dieß an Beseler, P.R. § 82, 14; A. M. Stobbe, P.R. § 149 Nr. 4. Der ersteren Ansicht schließen sich an Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 4 und Pr. L.R. I. 9. 94. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 399 haben Ober- und Untereigenthümer gleichheitlich zu theilen.

[69] Gruchot, Beiträge VI. 589; Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 4; Pr. L.R. I. 9. 97.

[70] Es ist daher Hebung des Schatzes erforderlich l. 3 § 3 D. 41. 2; Sell, Versuche I. 4 § 1—4; Schmid, Handbuch § 7, 61—65; Randa, Besitz § 11, 27; Brinz, Pandekten (2) § 148, 61. Nach einer davon abweichenden Meinung soll zum Eigenthumserwerb am Schatz die Entdeckung genügen, dieser daher dem Finder zufallen, auch wenn er den Schatz nicht hebt Dernburg in Heidelberger Krit. Zeitschr. I. 148 und P. P.R. I. § 233, 6; Gimmerthal in A. f. L.P. LI. 67; Windscheid § 184, 9; Stobbe, P.R. § 149, 28. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß zum Eigenthumserwerb des Finders jedenfalls der Aneignungswille erfordert wird, der sich eben in der Hebung dokumentirt. Als Occupation fassen den Schatzfund auf Bayr. L.R. II. 3. 2; Kreittmayr, Anm. 1b zu Bayr. L.R. II. 3. 4; Sachsen B.G.B. § 233 und das Oesterreichische Recht Randa, Besitz § 11, 27. Für die letztere Ansicht, daß Occupation nicht erforderlich sei entscheiden sich für das Preußische Recht Erk. O.Tr. Berlin 11/5 1865 Entsch. LIV. 33; Erk. R.G. 17/11 1879 Entsch. in Strafsachen I. 7 und für das Französische Recht Aubry § 201, 30.

[71] Bei Theilung zwischen Finder und Eigenthümer entsteht die Frage, in welcher Weise für den letzteren die Erwerbung aufzufassen sei. Nach der einen Ansicht erwirbt der Finder, der den Schatz hebt, das Eigenthum des ganzen Schatzes, und der Eigenthümer hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe seines Antheils Puchta, Pandekten § 154; Seuffert, Pan-

Digitized by Google

IV. Kriegsbeute[72]. Erwerb durch Beutemachen ist jetzt auf den Fall eines Kriegs des deutschen Reichs mit einem fremden Staat beschränkt[73]. Er steht nur den am Kampf betheiligten Militärpersonen zu[74], und erstreckt sich auf Occupation der bei den feindlichen Truppen befindlichen Mobilien[75] und im Fall ausdrücklicher Erlaubniß des Truppencommandos auf das Eigenthum feindlicher Unterthanen[76]. Das Beutestück wird Eigenthum des Occupanten[77].

---

§ 246.

II. Die Zwangsenteignung[1].

Auf Grund gesetzlicher Bestimmung[2] kann im öffentlichen Interesse eine Verpflichtung zur Abtretung von Eigenthum oder

dekten § 130, 4; nach der anderen Ansicht erwirbt der Eigenthümer seinen Antheil von selbst, also durch den Finder, wie dieß auch in l. 3 § 10 D. 49. 14 und l. 63 D. 41. 1 ausgesprochen ist Schmid, Handbuch § 7, 66; Arndts § 154 Note 6; Windscheid § 184, 10; Brinz, Pandekten (2) § 148, 65; Lang, Sachenrecht § 36, 35. Dieß ist auch in unseren Landesrechten angenommen Sachsen B.G.B. § 233. „Werden sie in einer fremden Sache entdeckt, so fallen sie mit der Besitzergreifung diesem (dem Finder) und dem Eigenthümer der Sache zu gleichen Theilen zu." Ebenso lassen mit dem Eigenthumserwerb des Finders zugleich den des Eigenthümers eintreten Pr. L.R. I. 9. 82 Förster Eccius § 175, 50; Oesterreich A.B.G.B. § 399; C. c. Art. 716.

[72] Vgl. Heffter, Völkerrecht 130—140; Windscheid § 184, 5; Stobbe, P.R. § 149 III; Förster Eccius § 175 II.

[73] Heffter, Völkerrecht § 114.

[74] Militärstrafgesetzbuch § 128.

[75] Pr. L.R. I. 9. 593. 594. Ausgenommen sind die dem Staat vorbehaltenen Kriegs- und Mundvorräthe.

[76] Pr. L.R. I. 9. 197; Förster Eccius § 175, 66.

[77] Nach römischem Recht war die Beute an den Staat abzuliefern Windscheid § 184, 12. Unsere Landesrechte lassen Eigenthumserwerb des Erbeutenden eintreten Bayr. L.R. II. 3. 6; Sachsen B.G.B. § 232; Pr. L.R. I. 9. 194.

[1] Vgl. Häberlin, A. f. C.Pr. XXXIX. 1 f.; Laband, A. f. C.Pr. LII. 152; Martin, A. f. Pr. R.W. IX. 64; Thiel, Expropriationsrecht 1866; Meyer, G., das Recht der Expropriation 1868; Grünhut, das Enteignungsrecht 1873; Rohland, Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts 1875; Stobbe, P.R. § 92; Förster Eccius § 131; Dernburg, P. P.R. I. § 34; Roth, Bayr. C.R. (1) § 141; Prazack, das Recht der Enteignung in

Digitized by Google

Constituirung eines dinglichen Rechts gegen Entschädigung begründet sein. Die Zwangsenteignung besteht in der Entziehung des Eigenthums des zu expropriirenden Objekts und Uebertragung desselben auf den Exproprianten[3] gegen Ausantwortung der nach den gesetzlichen Bestimmungen festgesetzten Entschädigung an den Expropriirten. Wesentlich ist dabei, daß die Enteignung nur gegen Entschädigung stattfinde[4], und daß das gesetzlich vorgeschriebene

---

Oesterreich 1877; Randa, Eigenthumsrecht § 7; Zachariä § 195. Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Häberlin, A. 3—42; Meyer, Expropriation § 1—6; Grünhut, E.R. § 3; Prazack, E.R. § 2; Stobbe, P.R. § 92, 12 f.; Dalcke, Commentar 10—31. Von wesentlichem Einfluß auf die Ausbildung des Enteignungsrechts war die französische Gesetzgebung, s. Grünhut, E.R. 44 f.

[2] Die Gesetze der einzelnen Länder regeln theils die Enteignung allgemein, theils beschränken sie sich auf gesetzliche Bestimmungen für bestimmte Gruppen von Unternehmungen. Allgemeine Enteignungsgesetze finden sich in folgenden Landesrechten: Preußen Gesetz 11/6 1874 mit Commentar von Dalcke 1874 für die ganze Monarchie, ausgedehnt auf Lauenburg durch das fast gleichlautende Gesetz 28/4 1875; Bayern Ges. 17/11 1837; Baden Ges. 21/8 1835; Hessen-Darmstadt Ges. 27/5 1821; Meiningen Ges. 28/6 1845 und 9/4 1868; Gotha Ges. 8/4 1857 (fast identisch mit Meiningen); Coburg Ges. 31/8 1855; Anhalt Ges. 12/4 1875 (fast ganz dem Preußischen E.G. nachgebildet); Schwarzburg-Rudolstadt Ges. 24/2 1860; 9/8 1861; 21/6 1872; Schwarzburg-Sondershausen Ges. 3/4 1844; 20/8 1863; Lübeck Ges. 21/5 1870; Bremen Ges. 16/4 1882 in der Hauptsache mit dem Preußischen E.G. übereinstimmend. In Elsaß-Lothringen gilt die französische Gesetzgebung namentlich das Gesetz 3/5 1841, vgl. Grünhut, E.R. 49. Das wichtigste und durch den Umfang des Rechtsgebiets bedeutendste Enteignungsgesetz ist das Preußische, welches mit Ausnahme der Enteignung für Landeskultur Bergbau und Landestriangulation einheitliches Recht geschaffen hat Förster Eccius § 131, 6. Für die anderen Rechtsgebiete, die in der Note 2 gegebenen Zusammenstellung nicht aufgeführt sind, sind Enteignungsgesetze nur für bestimmte Gruppen von Unternehmungen namentlich Eisenbahn- und Straßenbauten gegeben vgl. unten Note 37.

[3] Unbegründet ist die Meinung, daß durch Zwangsenteignung nicht Eigenthum übertragen werde, sondern eine Bestimmung für den usus publicus erfolge, vgl. unten Note 76.

[4] Die Fälle, in welchen das Gesetz Enteignung ohne Entschädigung zuläßt sind Singularitäten, so nach Bayrischem Recht bei Schiffbarmachung eines Flusses Roth, Bayr. E.R. (1) § 141, 9 und nach Oesterreichischem Recht in Nothfällen Prazack, E.R. 33, 5; vgl. auch Randa, Eigenthumsrecht § 7, 5. Ausdrücklich ausgeschlossen ist Expropriation ohne Entschädigung in Preußen E.G. § 1; Baden E.G. § 1; Darmstadt E.G. Art. 1; Anhalt E.G. Art. 1; Hamburg E.G. § 1; Lübeck E.G. § 1.

Digitized by Google

Verfahren eingehalten werde[5]. Das Enteignungsrecht beruht immer auf besonderer gesetzlicher Bestimmung, deren Vorschriften allein maaßgebend sind und analoge Anwendung nicht zulassen.

Für die Zwangsenteignung gelten folgende Grundsätze:

I. Das Rechtsverhältniß. Ueber das der Zwangsenteignung zu Grund liegende Rechtsverhältniß sind die Meinungen getheilt. Vereinzelt wird sie auf einen Vergleich[6] oder ein Delikt[7] zurückgeführt. Folgende Ansichten kommen in Betracht:

1. Am verbreitetsten ist die, daß sie unter den Begriff des Kaufs zu subsumiren sei[8]. Allein es ist entgegenzuhalten, daß die wesentlichsten Voraussetzungen des Kaufvertrags dabei nicht vorliegen, namentlich daß der Consens des Expropriirten nicht erforderlich ist[9], daß der Expropriirte weder für Mängel noch für Eviktion haftet, überhaupt keinerlei Verbindlichkeiten übernimmt, daß ein Veräußerungsverbot nicht entgegensteht und daß die Zwangsenteignung bei Bestand bleibt, auch wenn sie dem Nichteigenthümer gegenüber vollzogen ist[10].

2. Eine andere Auffassung führt das Verhältniß auf eine quasicontraktliche Verbindlichkeit zurück, für welche, soweit die

---

[5] Ueber Fälle der Dringlichkeit, in welchen von Einhaltung dieses Verfahrens Umgang genommen werden kann vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 12; Grünhut, E.R. 263 f.; Prazack, E.R 33, 3 f.

[6] Erk. Stuttgart 12/8 1847 Sf. IV. 41; Lübeck 19/11 1850 Sf. IV. 117.

[7] Thiel, E.R. 21; Erk. Dresden Sf. V. 289.

[8] Diese Ansicht findet sich schon seit den Glossatoren s. Prazack, E.R. 43, 1. Sie wird vertreten von Häberlin, A. f. C.Pr. XXXIX. 201; Martin, A. f. Pr. R.W. IX. 64. 169; Beseler, P.R. § 92, 14; Gerber, P.R. § 174b, 1; Erk. Wolfenbüttel 5/7 1844 Sf. XIV. 226; Darmstadt 1875 Sf. XXXI. 130; Dresden 18/9 1877 Sf. XXXIV. 305; Celle 25/1 1881 Sf. XXXVI. 202. Die Auffassung als Kauf ist im Preußischen Landrecht angenommen. Ob dieß auch in dem Preußischen E.G. 11/6 1874 der Fall sei, ist bestritten s. Förster Eccius § 131, 20; Rohland, E.R. 40. 30. Dafür Erk. Celle 9/4 1875 Sf. XXXI. 42; dagegen Dernburg, P. P.R. I. § 34 Nr. 6.

[9] Daß die Abtretung eine erzwungene sei, ist Voraussetzung der Zwangsenteignung. Es gibt keine freiwillige Enteignung Grünhut, E.R. 1; Prazack, E.R. 54, 20; Meyer in Behrend, Z. VIII. 581; Erk. R.G. 23/5 1881 Sammlung V. 67.

[10] S. Laband, A. f. C.Pr. LII. 173; Prazack, E.R. 53, 15 und 72, 3; Grünhut, E.R. 179; Stobbe, P.R. § 92 Nr. 3; Dernburg, P. P.R. I. § 34 Nr. 6; Randa, E. § 7, 115.

Digitized by Google

Leistungen in Betracht kommen, die für den Kaufvertrag geltenden Grundsätze maßgebend seien [11], welcher Meinung die gleichen Gründe entgegenstehen wie derjenigen, welche sie direkt auf einen Kaufvertrag zurückführt.

3. Die dritte Ansicht ist diejenige, welche die Zwangsenteignung als Legalerwerb auffaßt [12]. Hiernach geht das Objekt der Zwangsenteignung von selbst auf den Erwerber über, der ein auf dem Gesetz beruhendes Recht auf Erwerb der Sache hat, während dem Eigenthümer die auf dem Gesetz beruhende Verpflichtung obliegt, die Enteignung vor sich gehen zu lassen. Diese Auffassung erscheint schon deßhalb als die allein berechtigte, weil die Zwangsenteignung nicht eine derivative Erwerbsart ist, sondern unabhängig von dem Willen des bisherigen Eigenthümers vor sich geht [13]. Mit dem Uebergang des Eigenthums auf den Expropriianten ist aber zugleich die auf dem Gesetz beruhende Verpflichtung desselben auf Entschädigung des Expropriirten gegeben [14]. Die Zwangsenteignung besteht demnach aus zwei einseitigen Rechtsverhältnissen, dem Eigenthumsübergang kraft Gesetzes in Folge eines einseitigen Staatsaktes und dem in unmittelbarer Folge

---

[11] Meyer, E.R. 184; vgl. darüber Rohland, E.R. 32; Randa, E. § 7, 116.

[12] Dieser Gesichtspunkt wurde zuerst von Zachariä, Gött. Gel.Anz. 1861, 81 aufgestellt und ist dann ausgeführt von Laband, A. f. C.Pr. LII. 171. Ihm schließen sich an: Stobbe, P.R. § 92, 33; Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 8; Grünhut, E.R. 183, 1; Prazak, E.R. 46, 2; Rohland, E.R. 33; Erk. Stuttgart 10/6 1870 Sf. XXV. 29; 12/6 1877 Sf. XXXIII. 36. Für das Oesterreichische Recht nehmen diesen Standpunkt an Prazak, E.R. 47, 3; Strohal, Eigenthum 132; Randa, E. § 7, 117.

[13] Stobbe, P.R. § 92, 33; Prazak, E.R. 48; Randa, E. § 7, 118.

[14] Laband, A. f. C.Pr. LII. 179 erklärt dieselbe als eine privatrechtliche quasicontraktliche Verbindlichkeit, und dieser Ansicht schließen sich an: Stobbe, P.R. § 92, 35; Prazak, E.R. 53, 15 und 137; Erk. Stuttgart 12/6 1877 Sf. XXXIII. 35; 15/10 1877 Sf. XXXIII. 232, während Grünhut, E.R. 184, 1 ihr die Eigenschaft einer privatrechtlichen Verbindlichkeit abspricht, und sie als öffentlichrechtliche Pflicht charakterisirt. Die Entschädigungspflicht liegt dem Unternehmer ob Meyer, E.R. 294; Laband, A. LII. 179. Gegen die Meinung von Thiel, E.R. 19 und Grünhut, E.R. 98, daß immer der Staat das Subjekt der Entschädigungspflicht sei s. Prazak, E.R. 134, Rohland, E.R. 53 und unten Note 28. Unsere Expropriationsgesetze erklären den Unternehmer als zur Entschädigung verpflichtet Rohland, E.R. § 8, 6; Prazak, E.R. 136, 11.

Digitized by Google

davon begründeten Forderungsrecht des Expropriirten auf Erstattung des Werthes der Sache [15].

II. Gegenstand. Gegenstand der Zwangsenteignung können sowohl Sachen als Rechte sein und zwar kommen in Betracht:

1. Immobilien. Dieß ist der gewöhnliche Fall, der in unseren Expropriationsgesetzen fast allein Berücksichtigung findet [16]. Die Zulässigkeit der Zwangsenteignung ist nicht allein für Sachen des Staats [17] sondern auch für öffentliche Sachen anzunehmen [18].

2. Mobilien. Daß Mobilien Gegenstand der Zwangsenteignung sein können ist zweifellos [19], und ist in einzelnen Enteignungsgesetzen ausdrücklich anerkannt [20]. Die Zulässigkeit kann um so weniger bestritten werden, als sie auch reichsgesetzlich feststeht, indem durch R.G. 13/6 1873 für den Fall der Mobilmachung die Zwangsenteignung von Pferden zu Kriegszwecken für zulässig erklärt ist. Dagegen ist nicht als Zwangsenteignung die Befugniß der zwangsweisen Tödtung von inficirtem Vieh [21] und die zwangsweise Ausrottung der von der Reblaus inficirten Weinberge [22] anzusehen, weil dabei das Unterscheidungsmerkmal der Zwangsenteignung, die Absicht des Eigenthumserwerbs, fehlt [23].

---

[15] Laband, A. f. C.Pr. LII. 182.

[16] Grünhut, E.R. 74; Prazack, E.R. 75, 7.

[17] Meyer, E.R. 262; Grünhut, E.R. 78; Prazack, E.R. 75, 7; Laband, A. 170, 25.

[18] Prazack, E.R. 75, 8. Dieß zieht in Abrede Grünhut, E.R. 77; s. dagegen Rohland, E.R. 20; Stobbe, P.R. § 92, 24; Meyer in Behrend, Z. VIII. 571.

[19] Grünhut, E.R. 73, 1; Prazack, E.R. 73, 4; Förster Eccius § 131, 7; Stobbe, P.R. § 85, 18; Randa, Eigenthumsrecht § 7, 10. Die von Rohland, E.R. 16 dagegen geäußerten Bedenken scheinen mir nicht maßgebend.

[20] So bezüglich des zum Bau und Unterhalt von Straßen erforderlichen Materials Preußen E.G. § 50; Bayern V. 3/7 1812 Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 13; Sachsen Mandat 7/8 1819 § 10; Meiningen E.G. § 4; Gotha E.G. Art. 4; Sondershausen E.G. § 83. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Prazack, E.R. 116.

[21] R.G. 7/4 1869 § 3, 4 Maßregeln gegen die Rinderpest; Preußen Ges. 25/6 1875 § 57 und R.G. 28/6 1880 über Viehseuchen.

[22] Pr. Ges. 27/2 1872 § 6 Maßregeln gegen die Reblaus.

[23] Randa, Eigenthumsrecht § 7, 9. Die betreffenden Bestimmungen werden vielfältig unter den Gesichtspunkt der Zwangsenteignung von Mobilien gestellt s. Stobbe, P.R. § 92, 18; Dernburg, P. P.R. I. § 84, 8.

Digitized by Google

3. Rechte können Gegenstand der Zwangsenteignung sein

a. entweder in der Art, daß die auf enteigneten Immobilien haftenden Rechte Dritter, welche von dem Exproprianten nicht übernommen werden, namentlich Servituten, Reallasten und Pfandrechte[24] oder selbstständige Rechte[24a] den Berechtigten entzogen und zu Gunsten des Exproprianten aufgehoben werden;

b. oder in der Art, daß für den Exproprianten durch Zwangsenteignung dingliche Rechte an dem Eigenthum des Expropriirten constituirt werden[25].

Veräußerungsverbote hindern die Möglichkeit der Zwangsenteignung nicht[26].

III. Subjekt. Befugt zur Zwangsenteignung ist zunächst die Staatsgewalt; von dieser kann jedoch für ein einzelnes Unternehmen die Befugniß zur Zwangsenteignung auch einer Corporation oder einer Privatperson eingeräumt werden[27], welcher

[24] Grünhut, E.R. 75; Prazack, E.R. 73, 5. Die Frage, ob in diesem Fall der dinglich Berechtigte, dessen Recht durch die Expropriation aufgehoben wird, bei Feststellung der Entschädigung seine Rechte selbstständig zu wahren habe, ist für Hypotheken, Personalservituten und Reallasten zu verneinen, da bei diesen die Berechtigten auf die dem Expropriirten ausgezahlte Entschädigungssumme angewiesen werden, und nur bei Ausmittlung derselben ihre Rechte wahren können. Dagegen hat bei Prädialservituten der Berechtigte seine Ansprüche auf Entschädigung selbstständig geltend zu machen Erk. R.G. 30/6 1881 Sammlung V. 76. Vgl. unten Note 59. 63.

[24a] Es kann sich dieß namentlich auf Privilegien erstrecken, wenn dieselben gegen Entschädigung aufgehoben werden Unger, Ö. P.R. § 107, 20; Randa, E. § 7, 14. A. M. Prazack, E.R. 71, 1, der von der Ansicht ausgeht, daß die Entziehung von Privilegien, soweit sie zulässig sei, einen Anspruch auf Entschädigung nicht begründe, s. dagegen Roth, Bayr. E.R. (2) § 11, 20. Die Zulässigkeit der Anwendung der Zwangsenteignung auf Privilegien ist anerkannt in Bayern Wassergesetz Art. 13 Roth, Bayr. E.R. (1) § 285, 24. Auch für Preußen ist dieß anzunehmen Dernburg, P. P.R. I. § 25, 7.

[25] Dieß findet namentlich Anwendung auf die Auflegung von Servituten Prazack, E.R. 111; Preußen E.G. § 2. 4. 12; Bayern, E.G. Art. 1; Baden E.G. § 6; Meiningen E.G. Art. 3; Gotha, E.G. Art. 4.

[26] Grünhut, E.R. 75, 2; Prazack, E.R. 72, 3; Förster Eccius § 131, 26; Bayern E.G. Art. 1; Meiningen E.G. Art. 8; Gotha E.G. Art. 8; Sondershausen E.G. § 7; Lübeck E.G. § 3.

[27] Rohland, E.R. 12; Meyer, E.R. 261, 2; Stobbe, P.R. § 92, 23; Dernburg, P. P.R. I. § 34, 9. Welches Rechtsverhältniß hier vorliege, ist bestritten. Nach der einen Ansicht ist die Einräumung des Expropriationsrechts ein Staatshoheitsrecht, und es bedarf einer solchen Einräumung auch

Digitized by Google

dann hinsichtlich der Berechtigung zur Zwangsenteignung und der Verpflichtung daraus die gleiche Stellung zukommt, wie dem Staat, der selbst als Unternehmer auftritt[28].

IV. Fälle der Zwangsenteignung. Als leitender Grundsatz für die Zwangsenteignung gilt das in allen Expropriationsgesetzen anerkannte Princip, daß sie nur vorgenommen werden darf, soweit die Erwerbung des betreffenden Objekts oder die Beschränkung des Eigenthums zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes erforderlich ist[29]. Die Expropriationsgesetze haben dieß leitende Princip in folgender Weise durchgeführt:

1. Ein Theil der Landesrechte fixirt die Fälle, in welchen zur Zwangsenteignung geschritten werden darf, durch Gesetz[30].

---

für die staatlichen Unternehmungen, die also mit solchen von Corporationen und Privaten auf eine Linie gestellt werden Rohland, E.R. 13; Prazack, E.R. 65, 6; Förster Eccius § 131, 25; Stobbe, P.R. § 92, 23a; Randa, Eigenthumsrecht § 7, 50. Nach der anderen Ansicht hat der Staat das Expropriationsrecht für alle Unternehmungen, für die es nach dem Gesetze angesprochen werden kann, von selbst, während an Corporationen und Privaten für solche Unternehmungen das Expropriationsrecht nur ausnahmsweise durch Privilegium verliehen wird Beseler, P.R. § 92, 11; Dernburg, P. P.R. I. § 34, 9. Mir scheint die Entscheidung der Frage davon abzuhängen, wie in dem einzelnen Landesrecht die Feststellung des Enteignungsfalles geregelt ist. Wo diese durch die Administrativbehörde oder durch Gesetz in dem einzelnen Fall erfolgt unten Note 32. 33, scheint mir die erste, wo sie durch Gesetz für alle oder für einzelne Gruppen von Unternehmungen fixirt ist, scheint mir die zweite Alternative maßgebend zu sein. Gegen die von manchen vertheidigte Meinung, daß außer dem Staat auch Gemeinden ein selbstständiges Enteignungsrecht zukomme s. Rohland, E.R. 14; Prazack, E.R. 63, 2.

[28] A. M. Grünhut, E.R. 80 und 97, der auch, wenn das Enteignungsrecht durch Corporationen oder Private ausgeübt wird, den Staat als Subjekt der Berechtigung und Verpflichtung annimmt; s. gegen diese Auffassung Rohland, E.R. 11; Stobbe, P.R. § 92, 23. Gegen die Ansicht Grünhuts erklärt sich, was die Entschädigungspflicht betrifft, auch Prazack, E.R. 134. Die Ansicht Grünhuts beruht auf der Annahme, daß durch die Zwangsenteignung überhaupt nicht Eigenthum übertragen sondern nur eine Bestimmung für den usus publicus bewirkt werde vgl. darüber unten Note 76.

[29] Grünhut, E.R. 2 und 84; Stobbe, P.R. § 92, 22. Es wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Enteignungsrecht auch für solche Unternehmungen gewährt wird, an welchen das öffentliche Interesse nur indirekt betheiligt ist, z. B. für den Bergbau.

[30] Prazack, E.R. 81, 2; Bayern E.G. § 1 (für militärische Zwecke,

Digitized by Google

2. Ein anderer Theil regelt das Expropriationsverfahren durch Erlaß von Einzelngesetzen für bestimmte Gruppen von Unternehmungen, für die generelle im einzelnen Fall anwendbare Vorschriften gegeben werden[81].

---

für Erbauung von Kirchen, öffentlichen Schulhäusern, Spitälern, Krankenhäusern, Irrenhäusern, Gottesäckern, Staats-, Kreis- und Bezirksstraßen, öffentlichen Wasserleitungen, Austrocknung von Sümpfen, Erbauung von Kanälen, Schleußen, Brücken, öffentlichen Häfen, Eisenbahnen und Staatstelegraphen, Vorkehrungen zu sanitäts- oder sicherheitspolizeilichen Zwecken, zur Schirmung der Kunstschätze und wissenschaftlichen Sammlungen des Staats, zu Flußbauten). Meiningen E.G. Art. 1 (für Land-, Vicinal- und Gemeindestraßen, Eisenbahnen, Erweiterung der Städte und Dörfer, Gottesäcker, Wasserleitungen, Brunnen, Kanäle, Schleußen, Brücken, Flüsse, Austrocknung von Sümpfen und Seen, Schutz gegen Ueberschwemmungen, Kulturverbesserungen, Bergbau, Torfgraben, dann im Nachtragsgesetz 9/4 1866 für militärische Anstalten). Aehnlich sind die Fälle in Gotha E.G. § 1; Coburg E.G. § 1; Anhalt E.G. § 1 und Sondershausen E.G. § 1 bestimmt. Außerdem finden sich in diesen Landesrechten für einzelne Categorien von Unternehmungen noch Specialbestimmungen, so in Bayern Wassergesetz 28/5 1852 Art. 6, 3, 24; Bewässerungsgesetz 28/5 1852 Art. 20, 21; Uferschutzgesetz 28/5 1852 Art. 9; Meiningen Ges. 28/3 1855, Anlage der Werrabahn und 10/6 1866, Anlegung von Eisenbahnen; Ges. 21/1 1870 Anlage von Torfgräbereien; Berggesetz 17/4 1868 § 24; Wassergesetz 6/5 1872 Art. 13, 24, 25, 28, 61; Gotha EisenbahnGes. 28/4 1842; Anhalt Berggesetz 30/4 1875 § 128; Wegegesetz 1/10 1871 § 42; Deichgesetz 28/2 1868 § 20.

[81] Grünhut, E.R. 85; Prazak, E.R. 83, 6. Es findet sich dieß in folgenden Landesrechten: Sachsen Mandat 7/8 1819 § 2. 3 Ufer- und Dammbauten; Mandat 4/1 1820 Straßenbauten; Ges. 3/7 1835 Eisenbahnen; Ges. 15/8 1855 Wasserlaufberechtigungen; Ges. 16/6 1868, § 122, 144, 148 Bergbau; Ges. 11/6 1868 Verkehrsanlagen; Ges. 28/3 1872 Wasserleitungen. Mecklenburg-Schwerin V. 11/5 1822 und 3/1 1837 Abtretung von Hausplätzen; V. 3/1 1837 Anlegung von Kunst- und Wasserstraßen; V. 6/1 1842, 25/6 1845, 20/12 1845, 26/3 1856, 17/2 1864, 22/7 1876 Eisenbahnbau. Oldenburg Deichordnung 8/6 1855 Art. 141 Deiche; Wegeordnung 12/7 1861 Art. 124; Ges. 28/3 1867 und F. Lübeck 21/7 1868 Eisenbahnen; Wasserordnung 22/11 1868 und F. Lübeck 21/7 1868 Wasserlauf; Ges. F. Lübeck 28/1 1876 Schulen. Braunschweig V. 4/5 1835 Eisenbahnen; 11/5 1840 Ausbeutung von Torflagern; 15/4 1867 Berggesetz; 5/6 1871 Wegeordnung; 15/6 1876 Bauordnung; 20/6 1876 Wassergesetz; Weimar Ges. 10/4 1821, 5/2 1836, 31/8 1844 Wegebau; Ges. 10/1 1854 Anlage von Friedhöfen; 16/2 1854 § 20. 25. 33. 49 Wasserbauten; 16/11 1855 Eisenbahnen; 23/4 1856 Wasserleitung; 22/5 1857 Bergbau; 11/5 1869 Stadtbauten; Reuß ä. L. Ges. 2/1 1856 § 4. 6. 8 Straßenbau; 11/5 1858 Wasserlauf,

Digitized by Google

3. Die dritte Richtung geht dahin, für jeden einzelnen Enteignungsfall eine specielle Verfügung zu erlassen, und zwar geschieht dieß in doppelter Weise:

a. nach dem einen Theil der Landesrechte erfolgt die Feststellung des Expropriationsfalles auf dem Verordnungsweg[32];

Kirchen und Friedhöfe; 18/5 1870 Eisenbahnen; 4/11 1871 Stadtbauten. Reuß j. L. 15/3 1856 Eisenbahnen; 26/6 1856 Baupolizei. Lippe-Detmold V. 1804 IV. 106, 1843 IX. 29 Chausseebauten; V. 1864 XIII. 563 Stadt- und Dorfstraßen; 1857 § 64 XI. 731 Bergordnung; 1869 XV. 169 Eisenbahnen. Lippe-Schaumburg 25/4 1845 Eisenbahnen; 18/4 1872 Wegbauten. Waldeck Ges. 13/4 1834, 25/10 1864 Wegbauten; 6/8 1853 Flußbauten; 7/4 1854 Mineralbrunnen; 7/5 1856 Todtenhöfe; 17/3 1858 Wasserleitungen; 19/5 1862 Hochbauten; 11/3 1870 Eisenbahnen.

[32] Grünhut, E.R. 87; Prazack, E.R. 187, 2. Auch hier sind aber in den meisten Rechtsgebieten für einzelne Unternehmungszweige Einzelgesetze erlassen. Es findet sich diese Form in folgenden Rechtsgebieten: Preußen E.G. 11/6 1874 § 2 setzt als Regel königliche Verordnung voraus; in geringeren Fällen sind die Bezirksregierungen competent § 3. 4. Dabei finden sich folgende noch geltende Einzelgesetze: Entwässerung Vorfluthgesetz 15/11 1811 § 1; Wassergesetz 28/2 1843 § 19; Deiche Deichgesetz 28/11 1848 § 30; Bergbau Berggesetz 24/6 1865 § 135; Triangulation Ges. 7/10 1865 und 3/6 1874; Fischerei Fischereigesetz 30/5 1874 § 74. Württemberg, hier ist der k. Geheimerath competent Lang, Sachenrecht § 50, 6 und § 54, 14. Baden. Nach Baden E.G. 28/8 1835 § 1 entscheidet über die Verbindlichkeit zur Abtretung das Staatsministerium. Daneben finden sich noch folgende Einzelngesetze: Rheinverlandungsgesetz 23/5 1856 und 11/2 1870; Bergbau 12/8 1856; Eisenbahnen 29/10 1838, 7/5 1858; Ortsstraßen 20/2 1868; Zusammenlegung 5/5 1856; 18/10 1869; 21/4 1870; 3/6 1875; Wassergesetz 25/8 1876. Hessen-Darmstadt. Nach E.G. 27/5 1821 Art. 1 und Ges. 12/6 1874 entscheidet der Provinzialausschuß. Es bestehen folgende Einzelngesetze: Wiesenkultur 7/10 1830; Bachregulirung 19/2 1853 Art. 15; Entwässerung Ges. 2/2 1858; Zusammenlegung Ges. 18/8 1871. Sachsen-Altenburg. Nach Edikt 18/4 1831 § 47 und Ges. 14/5 1866 Art. 5. 9 hat das Ministerium des Innern zu entscheiden. Einzelngesetze sind: Wegebau Ges. 26/5 1837 § 15—21; Bewässerungsanlagen Ges. 18/10 1865; Eisenbahnen Mandat 13/7 1863. Schwarzburg-Rudolstadt. Nach Ges. 24/2 1860 steht die Cognition dem Ministerium des Innern zu. Ein gemischtes System hat das französische Recht. Das E.G. von 1841 unterscheidet zwischen größeren im Gesetz aufgeführten Unternehmungen, bei welchen ein Gesetz zur Feststellung des Enteignungsfalls erforderlich ist und den übrigen Fällen, bei welchen administrative Anordnung genügt. Dieß ist durch Gesetz 27/7 1870 wieder in Wirksamkeit gesetzt, nachdem durch Senatusconsult 15/12 1852 und 31/12 1861 die administrative Anordnung allgemein vorgeschrieben war Grünhut E.R. 92. Ein-

Digitized by Google

b. nach einem anderen Theil ist in jedem einzelnen Fall ein Specialgesetz erforderlich [33].

V. Das Enteignungsverfahren. Für das Enteignungsverfahren ist nach den deutschen Expropriationsgesetzen die Competenz der Administrativbehörden begründet [34]; nur das französische Recht erkennt die Competenz der Gerichte an [35]. Das Enteignungsverfahren richtet sich nach folgenden Grundsätzen:

1. Das Enteignungsverfahren wird eingeleitet durch Feststellung des Enteignungsfalles, d. h. die Constatirung, daß ein Unternehmen vorliege, für welches die Zwangsenteignung in Anspruch genommen werden kann [36]. Es erfolgt dieß durch Anstellung einer Untersuchung über die geplante Unternehmung. Gehört diese den in dem Gesetz aufgeführten Expropriationsfällen an, so liegt in ihrer Genehmigung die Feststellung des Enteignungs-

---

zelngesetze sind: 6/9 1807 Austrocknung von Sümpfen; 20/3 1831 Anlegung von Festungen; 21/1 1875 Setzung von Marksteinen (für Elsaß-Lothringen). Bestritten ist das Verhältniß nach Oesterreichischem Recht. Nach der einen Ansicht steht die Entscheidung, ob dem Expropriationsverfahren stattgegeben werden solle, den politischen Behörden zu, und es ist die Zulässigkeit der Enteignung nicht auf die in einzelnen Gesetzen normirten Fälle beschränkt Prazak, E.R. 85 und 188; Randa, E. § 7, 22; Schiffner, Lehrbuch § 134, 50. Nach der anderen Ansicht ist die Enteignung auf die in den Specialgesetzen normirten Fälle beschränkt, nach welcher Meinung das Oesterreichische Recht dem oben Note 31 ausgeführten System folgt Grünhut E.R. 96. Diese Specialgesetze stellt Randa, E. § 7, 26—46 zusammen.

[33] Grünhut, E.R. 87. 91; Prazak, E.R. 186, 2. Dieß ist die Stellung von Lübeck E.G. § 2; Bremen E.G. § 3 nnd Hamburg E.G. § 2, nach welchen ein Beschluß des Senats und der Bürgerschaft in jedem einzelnen Falle erforderlich ist.

[34] Stobbe, P.R. § 92, 26; Grünhut, E.R. 225; Prazak, E.R. 187, 4; 190, 8; Randa, Eigenthumsrecht § 7, 55. Bestimmungen über das Verfahren geben: Preußen E.G. § 15—23; Bayern E.G. Art. 13—18; Baden E.G. § 4—23; Hessen-Darmstadt E.G. Art. 3—9; Meiningen E.G. Art. 20—25; Gotha E.G. Art. 19—28; Sondershausen E.G. § 45—61; Anhalt E.G. § 14—22; Hamburg E.G. § 14—23. Ueber das Enteignungsverfahren vgl. Meyer, E.R. 308 f.; Thiel, E.R. 79; Grünhut, E.R. 201—233; Prazak, E.R. 185 f.; Dernburg, P. P.R. I. § 34 Nr. 2; Randa, E. § 7, 54 f.

[35] Ueber das in dem französischen E.G. 3/5 1841 vorgeschriebene Verfahren vgl. Grünhut, E.R. 220.

[36] Grünhut, E.R. 206; Prazak, E.R. 186. Die Bestimmung erfolgt nach den oben Note 30—33 aufgeführten Grundsätzen.

Digitized by Google

falles [37]; außerdem bedarf es des besonderen Ausspruchs, daß auf das betreffende Unternehmen das Zwangsenteignungsverfahren Anwendung finden solle [38].

2. Es erfolgt sodann die Bestimmung des der Enteignung zu unterstellenden Objekts, welche mit der Genehmigung des Planes verbunden werden oder besonders vorgenommen werden kann [39], und Mittheilung an die Betheiligten, damit sie etwaige Einwendungen vorbringen können [40]. Die Einwendungen können sich auf die Vermeidung der Enteignung [41] oder auf den Umfang derselben beziehen dann, wenn die Bestimmung sich nur auf einen Theil eines Objekts erstreckt, durch dessen Theilung dem Eigenthümer ein besonderer Schaden erwachsen würde [42].

3. Mit der Bescheidung auf etwaige Einwendungen erfolgt der Enteignungsausspruch, der nach den meisten Expropriationsgesetzen von den Administrativbehörden erlassen wird [43], nach ein-

---

[37] Grünhut, E.R. 206.

[38] Vgl. oben Note 32. 33.

[39] Grünhut, E.R. 212. 216. 225. Nach Oesterreichischem Recht erfolgt die Feststellung des Enteignungsfalles und die Bestimmung des zu exproprirenden Objektes in demselben Erkenntniß Randa, E. § 7, 54.

[40] Meyer, E.R. 312; Grünhut 226; Prazack, E.R. 188, 5. Nach Preußen E.G. § 19 erfolgt dieß dadurch, daß der Plan 14 Tage lang zu Jedermanns Einsicht offen liegt.

[41] Es ist damit zunächst Anwendung des Enteignungsverfahrens auf das specielle Objekt gemeint Prazack, E.R. 188, 5; Preußen E.G. § 21. Einzelne E.G. lassen aber auch Einwendungen zu, welche gegen die Zulässigkeit der Enteignung überhaupt gerichtet sind, so Hessen-Darmstadt E.G. Art. 89; Meiningen E.G. Art. 23.

[42] Stobbe, P.R. § 92, 29; Grünhut, E.R. 149. 157; Prazack, E.R. 178; Preußen E.G. § 8, 9; Bayern E.G. Art. 3; Baden E.G. Art. 30. 31; Meiningen E.G. Art. 5; Coburg E.G. Art. 6; Gotha E.G. Art. 5; Anhalt E.G. § 8; Lübeck E.G. § 9; Frankreich E.G. Art. 50. Der Eigenthümer kann nach einzelnen Gesetzen verlangen, daß das Objekt ihm ganz abgenommen werde, wenn durch die Theilung die Benützbarkeit des Gesammtgegenstandes geschmälert würde; immer ist dieß begründet, wenn die theilweise Enteignung ein Gebäude betrifft Rohland, E.R. § 14, 14; Meyer, E.R. 283; Erk. R.G. 24/6 1880 Sammlung II. 75.

[43] Grünhut, E.R. 214, 225; Prazack, E.R. 190, 8; Stobbe, P.R. § 92, 26; Preußen E.G. § 21; Bayern E.G. Art. 18; Baden E.G. § 20. 23; Anhalt E.G. § 31; Oesterreich Randa, E. § 7, 54. 55.

Digitized by Google

zelnen Landesrechten aber zur Competenz der Gerichte gehört[44]. Der Enteignungsausspruch begründet den Anspruch auf Entschädigung, und soll also der Festsetzung der letzteren vorausgehen[45]; nach einzelnen Landesrechten wird er jedoch erst nach Feststellung der Entschädigung erlassen[46].

4. Mit dem Enteignungsausspruch ist die Enteignung perfekt[47]. Es ist damit nicht nur für den Eigenthümer die Verpflichtung zur Abtretung begründet, sondern es wird damit auch der Expropriant zur Uebernahme des Objekts gegen Entschädigung verbunden in der Art, daß dadurch für den Eigenthümer ein verfolgbarer Anspruch auf Ausführung der Enteignung entstanden ist[48]. Das Recht des Rücktritts des Exproprianten muß besonders begründet sein[49].

VI. Feststellung der Entschädigung. Mit der Enteignung entsteht für den Eigenthümer ein Anspruch auf Entschädigung, für welchen folgende Grundsätze gelten:

1. Der Betrag der Entschädigung wird in Ermanglung gütlicher Uebereinkunft durch die competente Behörde festgestellt. Die Competenz ist in unseren Expropriationsgesetzen verschieden bestimmt, indem ein Theil derselben die Feststellung den Admini-

---

[44] So nach Hamburg E.G. § 27.

[45] Stobbe, P.R. § 92, 37; Rohland, E.R. 39.

[46] Dieß ist namentlich der Fall nach Preußen E.G. § 29 unten Note 73.

[47] Grünhut, E.R. 187; Rohland, E.R. 37, 23; Laband, A. f. C.Pr. LII. 181, 45; Prazack, E.R. 58, 22. Es gilt dieß ohnehin nach jenen Gesetzen, welche mit dem Enteignungsausspruch das Eigenthum auf den Exproprianten übergehen lassen unten Note 72; aber auch nach denjenigen Rechten, welche den Eigenthumsübergang von Leistung der Entschädigung abhängig machen unten Note 73. Andere wollen die Perfektion erst mit Feststellung der Entschädigung eintreten lassen Meyer, E.R. 215; Häberlin, A. f. C.Pr. XXXIX. 169; Martin, A. f. P. R.W. IX. 170. Mit Recht hebt jedoch Stobbe, P.R. § 92, 27 hervor, daß auch die Auffassung der Zwangsenteignung als Zwangskauf der Annahme, daß mit dem Enteignungsausspruch die Enteignung perfekt sei, nicht entgegenstehe, da es sich nur darum handle, daß der Preis bestimmbar sei.

[48] Grünhut, E.R. 188; Prazack, E.R. 58, 22; Randa, E. § 7, 103; Erk. Stuttgart 12/6 1877 Sf. XXXIII. 36; Celle 12/7 1872 Sf. XXVII. 36.

[49] Grünhut, E.R. 194. Nach Preußen E.G. § 42 und Anhalt E.G. § 31 darf der Unternehmer bis zur Festsetzung der Entschädigung zurücktreten, muß aber dem Eigenthümer allenfalls erwachsene Nachtheile ersetzen.

Digitized by Google

strativbehörden mit Berufung an die Gerichte[50], ein anderer sie den Civilgerichten zuweist[51]. Das französische Recht läßt die Bestimmung durch eine Jury treffen[52].

2. Dem Eigenthümer soll der positive, durch die Enteignung erwachsene Schaden ersetzt werden[53]. Die Berechnung desselben richtet sich nach folgenden Grundsätzen:

A. Bei Zwangsenteignung von Sachen. Hier kommt für Berechnung der Entschädigung in Betracht:

a. der objektive Werth der Sache, der sich aus dem Verkaufswerth ergibt[54];

b. der Ersatz des aus der Zwangsenteignung für den Expropriirten entstehenden Schadens, nämlich

aa. der Werthminderung, welche durch die Abtretung in Folge der Zerstücklung dem übrigen Grundbesitz des Expropriirten zugeht[55];

---

[50] Grünhut, E.R. 251; Prazack, E.R. 204; Preußen E.G. Art. 29. 30; Meiningen E.G. Art. 31; Gotha E.G. Art. 40; Anhalt E.G. § 23; Sondershausen E.G. § 75; Lübeck E.G. § 24. Dieß ist durch E.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 45 f. auch für das Bayrische Recht bestimmt, während nach dem früheren Recht die Competenz der Gerichte begründet war Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 58.

[51] Grünhut, E.R. 238, 242; Prazack, E.R. 204, 8; Baden E.G. § 3 und 48; Hessen-Darmstadt E.G. Art. 10; Hamburg E.G. § 22. Dieß ist die Stellung des Oesterreichischen Rechts Grünhut E.R. 253; Randa, E. § 7, 73.

[52] Grünhut, E.R. 242; Prazack, E.R. 203, 5.

[53] Grünhut, E.R. 99; Prazack, E.R. 150. Nicht berücksichtigt wird der Affektionswerth Grünhut, E.R. 101; Prazack, E.R. 150, 2; Rohland, E.R. § 12, 3; Hessen E.G. § 11; Meiningen E.G. Art. 13; Coburg, E.G. Art. 14; Gotha E.G. Art. 13.

[54] Grünhut, E.R. 100; Rohland, E.R. 65 und 76; Randa, E. § 7, 93; Erk. Cassel 14/6 1862 Sf. XVI. 224; R.G. 27/1 1880 Sf. XXXV. 26; München 28/1 1879 Sammlung VII. 328; Bayern E.G. Art. 5, 1; Baden E.G. § 24; Hessen E.G. § 18; Meiningen E.G. Art. 13; Gotha E.G. Art. 10; Sondershausen E.G. § 15. Nach Preußen E.G. § 8 wird der volle Werth vergütet. Es ist darunter der Verkaufswerth und der außerordentliche Werth zu verstehen, unten Note 56. Der Verkaufswerth umfaßt auch die Entschädigung für die zur Zeit der Zwangsenteignung anfallenden Früchte Prazack E.R. 157, 15; Preußen E.G. § 8; Bayern E.G. Art. 5, 2.

[55] Grünhut E.R. 102; Prazack E.R. 151; Erk. Berlin 12/5 1875 Sf. XXXI. 337; München 27/6 1877 Sammlung VI. 334; Preußen E.G. § 8;

Digitized by Google

bb. des aus der Enteignung dem Eigenthümer zugehenden positiven Schadens[56], nicht aber des Entgangs eines erst für die Zukunft möglichen aber nicht bestimmt in Aussicht stehenden Gewinns[57].

B. Bei zwangsweiser Beschwerung eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit wird der durch Schätzung zu ermittelnde Betrag des Minderwerthes, welchen das Grundstück durch Auflegung der Dienstbarkeit erleidet, zu Grund gelegt[58].

C. Für die Werthbestimmung der auf dem enteigneten Grundstück ruhenden dinglichen Rechte gelten folgende Grundsätze:

a. Bei persönlichen Servituten[59] und Reallasten[60] tritt die

---

Bayern E.G. Art. 5, 2b; Meiningen E.G. Art. 10; Gotha E.G. Art. 10; Sondershausen E.G. § 16.

[56] Der Eigenthümer hat Anspruch auf Leistung des vollen Interesses Häberlin, A. 181; Meyer, E.R. 272; Erk. R.G. 11/10 1880 Sammlg. III. 67; Prazack E.R. 150, 1; Grünhut E.R. 100 Nr. 2. Namentlich kommt in Betracht der Werth, den das Objekt durch seine besondere Benützungsweise für den Enteigneten hat Rohland, E.R. 67; Stobbe, P.R. § 92, 41; Erk. Stuttgart 26,9 1866 Sf. XX. 135; Bayern E.G. Art. 5, 2a; Hessen E.G. § 11; Baden E.G. § 25; Anhalt E.G. § 9; Sondershausen E.G. § 16. Preußen E.G. § 8 bestimmt, daß der volle Werth ersetzt werde. Es ist darunter neben dem gemeinen auch der außerordentliche Werth zu verstehen Erk. R.G. 11/10 1880 Entsch. III. 67; 23/5 1881 Entsch. V. 68; Förster Eccius § 131, 33; Dernburg, P. P.R. I. § 34, 28. Nach Preußen E.G. § 10 kann die bisherige Benützungsweise nur bis zu dem Betrag Berücksichtigung finden der hinreicht, damit der Eigenthümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrag benützen kann. Auch der Gewinnentgang muß insoferne Berücksichtigung finden, als es sich um den Ausfall eines Vermögenszuwachses handelt, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten gewesen wäre Prazack, E.R. 155 Nr. 3; Grünhut, E.R. 103; Randa, E. § 7, 95; Erk. R.G. 23/5 1881 Entsch. V. 68.

[57] Grünhut, E.R. 107; Prazack, E.R. 155, 11; Stobbe, P.R. § 92, 44; Erk. O.Tr. Stuttgart 22/12 1849 Sf. V. 178 und 9/10 1873 Sf. XXIX. 34 (beabsichtigter Bau eines Kellers in einem expropriirten Garten); Darmstadt 28/1 1854 Sf. VII. 325 (mögliche Bonitirung eines Waldes); Mannheim 20/3 1866 Sf. XXII. 150 (mögliche Erweiterung eines Kellers); Erk. Berlin 12/7 1875 Sf. XXXI. 337 (der Speculationswerth); Erk. München 17/6 1872 Sammlung II. 103 (Möglichkeit der Erweiterung einer Fabrik); Berlin 15/1 1878 Sf. XXXIV. 47 (Möglichkeit der Anlegung einer Fabrik); Erk. R.G. 11/6 1874 Sammlg. VIII. 55 (Möglichkeit späterer Verwendung als Baustelle).

[58] Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 74.

[59] Grünhut, E.R. 131 Nr. 1; Prazack, E.R. 141, 8; Baden E.G. § 35;

Digitized by Google

Entschädigungssumme an die Stelle des Objekts, und es wird dieselbe ganz oder theilweise für die Sicherstellung der Ansprüche des Berechtigten für die Dauer derselben vinkulirt.

b. Die Ansprüche der Hypothekgläubiger werden auf die Entschädigungssumme angewiesen, während sie dem enteigneten Objekt gegenüber erlöschen[61]. Reicht die Entschädigungssumme für die Befriedigung der Hypothekgläubiger nicht hin, so haben Diejenigen, die daraus nicht befriedigt werden können, ihre Ansprüche lediglich gegen den Eigenthümer des enteigneten Grundstücks geltend zu machen[62].

c. Bei Grunddienstbarkeiten wird der durch Schätzung ermittelte Werth an den Berechtigten vergütet[63].

D. Die Ansprüche aus Mieth- und Pachtverhältnissen, insoferne durch die Enteignung eine Entschädigungspflicht begründet wird, sind nach einzelnen Rechten von dem Expropriirenden zu

---

Hessen E.G. § 17; Sondershausen E.G. § 19. Nach Frankreich E.G. Art. 39 erhält der Nutzungsberechtigte das Entschädigungscapital gegen Cautionsleistung. Das gleiche gilt nach Oesterreichischem Recht Prazack, E.R. 147, 17.

[60] Prazack, E.R. 142, 9. Nach einzelnen Rechten wird ein der Rente entsprechendes Capital dem Berechtigten herausgegeben Bayern E.G. Art. 6, 1. Nach Oesterreichischem Recht wird die Zahlung der Rente aus der Entschädigungssumme sicher gestellt Randa, Eigenthumsrecht § 7, 80.

[61] Prazack, E.R. 53, 16 und 142, 10; Grünhut, E.R. 136 Nr. 3; Preußen E.G. § 45; Bayern E.G. Art. 11; Baden E.G. § 76; Hessen-Darmstadt Pf.G. Art. 160; Weimar Pf.G. § 176; Braunschweig E.G. § 15; Gotha, E.G. Art. 152. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 39, 1.

[62] Prazack, E.R. 142, 11.

[63] Prazack, E.R. 140, 6; Grünhut, E.R. 133 Nr. 2; Bayern E.G. Art. 6, 3; Baden E.G. § 27; Sondershausen E.G. Art. 34. Die Feststellung der Entschädigung muß hier dem Servitutberechtigten als selbstständig Betheiligten gegenüber geschehen, weil die Wertherhebung des zu expropriirenden Objekts keinen Anhaltspunkt für den Werth giebt, welchen die wegfallende Servitut für den Servitutberechtigten hat, weßhalb dieser seine Rechte selbstständig geltend zu machen hat Bähr und Langerhans, E.G. 53; Randa, Eigenthumsrecht § 7, 69. Die anderen dinglich Berechtigten dagegen, deren Ansprüche auf die Entschädigungssumme übergehen, nämlich die Berechtigten aus den Personalservituten und Reallasten und die Hypothekgläubiger haben kein anderes Interesse geltend zu machen, als daß ihre Ansprüche durch die zu leistende Entschädigungssumme gedeckt werden Prazack, E.R. 142, 11.

Digitized by Google

befriedigen[64]; nach der Mehrzahl der Rechte sind sie gegen den Eigenthümer geltend zu machen[65].

3. Die Werthermittlung hat den Zeitpunkt der Enteignung als Ausgangspunkt zu nehmen[66]. Werthserhöhungen, welche in Consequenz des Unternehmens, für welches enteignet wird, in Aussicht stehen, sind bei der Werthsermittlung nicht in Betracht zu ziehen[67].

4. Die Entschädigung erfolgt durch Geldzahlung[68]. Nur ausnahmsweise ist Naturalentschädigung für zuläßig erklärt[69]. Unzuläßig ist Anrechnung des Betrags der Wertherhöhung, welche voraussichtlich durch die Unternehmung, für welche die Zwangsenteignung durchgeführt wird, dem nicht enteigneten Theil des Grundeigenthums des Expropriirten zu theil wird[70].

---

[64] Diese Stellung hat Preußen E.G. § 11; Hessen E.G. Art. 7; Coburg E.G. § 18. Allgemein nimmt dieß an Erk. Flensburg 9/11 1865 Sf. XX. 136.

[65] Bayern E.G. Art. 5; Baden E.G. § 26; Meiningen E.G. Art. 16; Gotha E.G. Art. 17; Rudolstadt E.G. § 4; Sondershausen E.G. § 44; Hamburg E.G. § 9. Die gleiche Stellung nimmt das Oesterreichische Recht ein Prazack, E.R. 149, 21; Randa, E. § 7, 83. Allgemein, soweit nicht die Gesetze anders bestimmen, nehmen dieß an Meyer, E.R. 302, 1; Erk. Braunschweig 18/2 1880 Sf. XXXV. 215. Der Eigenthümer liquidirt dann bei Feststellung der Entschädigung die betreffenden Beträge gegenüber dem Exproprianten.

[66] Entscheidend ist der Zeitpunkt, in welchem feststeht, daß die Enteignung werde ausgeführt werden Erk. R.G. 21/9 1882 Entsch. VII. 73; Celle 25/1 1881 Sf. XXXVI. 202; Stobbe, P.R. § 92, 28 b; Grünhut, E.R. 106; Preußen E.G. § 11; Bayern E.G. Art. 5, 3; Hessen E.G. § 7; Coburg E.G. § 18; Anhalt E.G. § 10.

[67] Stobbe, P.R. § 92, 45; Randa, E. § 7, 91; Rohland, E.R. 59, 1; Erk. Darmstadt 18/10 1848 Sf. XXIII. 143; Preußen E.G. § 10; Bayern E.G. Art. 9; Gotha E.G. § 13; Coburg E.G. § 14; Meiningen E.G. Art. 13; Anhalt E.G. § 10; Lübeck E.G. § 7. Abweichend ist die Stellung von Frankreich E.G. Art. 51, welches Berücksichtigung der wahrscheinlichen Wertherhöhung vorschreibt.

[68] Stobbe, P.R. § 92, 34; Grünhut, E.R. 121; Prazack, E.R. 170, 41; Preußen E.G. § 7; Bayern E.G. Art. 10 und 20.

[69] Prazack, E.R. 170, 40; Preußen E.G. § 7; Sondershausen E.G. § 92.

[70] Stobbe, P.R. § 92, 45; Prazack, E.R. 167. 34; Meyer, E.R. 290; Preußen E.G. § 10; Bayern E.G. Art. 9; Gotha E.G. Art. 13; Coburg E.G. Art. 14; Meiningen, E.G. Art. 13; Lübeck E.G. § 7. Für die Zuläßigkeit der Anrechnung erklärt sich Grünhut, E.R. 124; s. dagegen Rohland, E.R. 84.

Digitized by Google

5. Die Kosten des Verfahrens fallen immer dem Expropri-anten zur Last[71].

VII. Der Eigenthumsübergang. Hiefür gelten fol-gende Grundsätze:

1. Der Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs ist in unseren Expropriationsgesetzen verschieden bestimmt. Als Regel gilt, daß mit der Rechtskraft des Enteignungsbeschlusses der Eigenthums-übergang sich vollzieht[72]; mehrere Landesrechte lassen ihn jedoch erst mit Zahlung oder Deposition der Entschädigungssumme ein-treten[73]. Das Eigenthum geht damit von selbst auf den Ex-proprianten über, ohne daß es dabei der für den Eigenthums-übergang durch ein Geschäft unter Lebenden vorgeschriebenen For-men[74] und der Besitzeinräumung[75] bedürfte.

2. Der Expropriant wird Eigenthümer des Objekts. Die Meinung, daß dasselbe durch die Enteignung zu einer öffentlichen Sache werde, entbehrt der Begründung[76].

Die Zulässigkeit der Anrechnung ist anerkannt in Frankreich E.G. 1841 Art. 51 Grünhut E.R. 127.

[71] Grünhut, E.R. 105.

[72] Grünhut, E.R. 189; Rohland, E.R. 38; Stobbe, P.R. § 92, 28a und 45a; Strohal, Eigenthum 131, 5.

[73] Grünhut, E.R. 196; Bayern, E.G. Art. 20; Baden E.G. Art. 80; Gotha E.G. Art. 51; Coburg E.G. Art. 53. 54; Meiningen E.G. Art. 53. Das gleiche wird nach Oesterreichischem Recht angenommen Randa, E. § 7, 106; Grünhut, E.R. 197; Prazack, E.R. 49, 7. A. M. Strohal, Eigen-thum 132. Nach Preußen E.G. § 44 erfolgt der Eigenthumsübergang mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses, der jedoch erst nach erfolgter Zahlung oder Deponirung der Entschädigungssumme erlassen werden darf Förster Eccius § 131, 39. Die gleiche Bestimmung hat Anhalt E.G. § 43.

[74] Dieß gilt namentlich nach Preußischem und Oesterreichischem Recht, nach welchem Auflassung nicht erforderlich ist unten § 260, 45. Ebenso ist nach Bayrischem Recht notarielle Verbriefung nicht erforderlich Roth, Bayr. C.R. (1) § 141, 82.

[75] Prazack, E.R. 49 Nr. 1 und 54 Nr. 6; Laband, A. f. C.Pr. LII. 175, 38; Erk. Stuttgart 12/6 1877 Sf. XXXIII. 36. Ausgesprochen ist dieß Preußen E.G. § 32, 2; Baden E.G. § 80; Meiningen E.G. Art. 35. Da-gegen setzen Besitzeinräumung voraus Darmstadt E.G. Art. 13; Gotha E.G. Art. 51; Lübeck E.G. §27; Bremen E.G. § 46. Meyer, E.R. 240 nimmt an, daß dem Expropriaten die Verpflichtung der Tradition obliege.

[76] Gegen diese von Grünhut, E.R. 163 aufgestellte Ansicht vgl. Stobbe, P.R. § 92, 23; Rohland, E.R. 12; Prazack E.R. 66, 7; Förster Eccius § 131, 25.

Digitized by Google

VIII. Von manchen wird angenommen, daß dem Eigenthümer ein Recht des Rückerwerbs allgemein zustehe, wenn das enteignete Objekt für den Zweck, für den es enteignet wurde, nicht mehr erforderlich sei[77]; Andere wollen dieß allgemein nur für solche Objekte annehmen, welche für das betreffende Unternehmen gar nicht verwendet wurden[78]. Allein diese Ansicht entbehrt der Begründung. Aus der rechtlichen Natur des Instituts läßt sich ein solcher Rechtssatz nicht ableiten[79]. In unseren Landesrechten ist ein Rückkaufsrecht[80] nur anerkannt für solche Objekte, die für das betreffende Unternehmen nicht erforderlich sind[81], oder bei völligem Aufgeben des Unternehmens[82]. Mehrere Landesrechte gewähren dem Eigenthümer nur ein Vorkaufsrecht[83].

---

[77] Thiel, E.R. 62. Es unterscheidet sich diese Ansicht von der Note 78 angeführten darin, daß sie das Rückerwerbsrecht auch für die zu dem Unternehmen bereits verwendeten Objekte zuläßt. Dagegen erklären sich Grünhut, E.R. 165; Rohland, E.R. 44.

[78] Häberlin, A. 207; Meyer, E.R. 264; Grünhut, E.R. 163; Rohland, E.R. 44. Diese wollen das Rückerwerbsrecht nur dann eintreten lassen, wenn das Unternehmen gar nicht zur Ausführung kam oder das enteignete Objekt nicht verwendet wurde.

[79] s. Stobbe, P.R. § 92, 50; Prazack, E.R. 176, 7. Ein Rückkaufsrecht des Expropriirten muß durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung begründet sein. Eine Uebersicht der betreffenden Gesetze s. bei Rohland, E.R. § 7, 7 f. A. M. Meyer, E.R. 264, der das Rückkaufsrecht für gegeben hält, wo es durch die Landesgesetzgebung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[80] Ueber die juristische Construktion des Rückerwerbsrechts vgl. Rohland, E.R. 45; Meyer E.R. 267.

[81] Oldenburg E.G. Art. 6; Meiningen E.G. Art. 7; Gotha, E.G. Art. 7; Coburg E.G. Art. 8; Frankreich E.G. Art. 60—62.

[82] Bayern E.G. Art. 12; Baden E.G. § 84.

[83] Preußen E.G. § 57; Anhalt E.G. § 49; Lübeck E.G. § 31. Mehrere Landesrechte statuiren ein mit dem Wiederkaufsrecht concurrirendes Vorkaufsrecht s. Rohland, E.R. § 7, 9; Grünhut, E.R. 174. Das Oesterreichische Recht kennt weder ein Rückkaufs- noch ein Vorkaufsrecht Randa, Eigenthumsrecht § 7, 99.

Digitized by Google

§ 247.

IV. Erwerb der Früchte einer fremden Sache [1].

Das Recht auf Beziehung der Früchte einer Sache kann dem Nichteigenthümer zustehen, oder von einem solchen ausgeübt werden. Hier ist zu unterscheiden:

1. Der Nutznießer wird gemeinrechtlich [2] und nach Sächsischem [3] und Französischem Recht [4] Eigenthümer mit der Perception, nach Oesterreichischem Recht mit der Separation [5], nach Preußischem Recht mit der Entstehung [6].

2. Der Pächter eines Grundstücks wird gemeinrechtlich Eigenthümer der Früchte durch Tradition von Seite des Verpächters [7], nach Sächsischem Recht [8] und Oesterreichischem Recht [9] mit Perception, und nach Preußischem Recht mit der Entstehung [10].

3. Gemeinrechtlich ist es bestritten, in welchem Rechtsverhältniß der redliche Besitzer zu den Früchten der Sache stehe [11]. Nach gesetzlicher Bestimmung hat er mit der Hauptsache die zur Zeit der Rechtshängigkeit noch vorhandenen Früchte herauszugeben, ist also von der Ersatzpflicht für die verzehrten Früchte befreit [12]. Während nun die einen annehmen, daß er mit der Separation Eigenthum erwerbe und nur die persönliche Verpflich-

---

[1] Schmid, Handbuch § 9; Windscheid § 186; Vangerow § 326; Wächter, Pandekten § 136; Förster Eccius § 173; Randa, Eigenthumsrecht § 14.

[2] l. 25 § 1 D. 22. 1; Windscheid § 186, 5; Erk. Berlin 8/11 1859 Sf. XX. 18.

[3] Sachsen B.G.B. § 245.

[4] C. c. Art. 585; Zachariä § 227, 4.

[5] Randa, Eigenthumsrecht § 14, 3.

[6] Pr. L.R. I. 9. 221.

[7] Windscheid § 186, 6; Exner, Tradition 19, 45; Erk. Berlin 8/11 1859 Sf. XX. 18; vgl. Francke das Fruchtrecht in Bezug auf die Gläubiger des Grundeigenthümers und des Pächters nach gemeinem Deutschen und Hannoverischen Rechte Z. f. Hann. R. V. 231.

[8] Sachsen B.G.B. § 245.

[9] Randa, Eigenthumsrecht § 14, 9.

[10] Pr. L.R. I. 9. 221.

[11] S. die Literatur bei Windscheid § 186, 9.

[12] Vgl. unten § 262, 58.

Digitized by Google

tung habe, die nicht consumirten Früchte herauszugeben[13], nehmen andere nur bonae fidei possessio bis zur Ersitzung an[14], oder geben ihm nur interimistisches Eigenthum, das mit Eintreten der mala fides des Besitzers wieder aufhört[15]. Nach Preußischem[16], Sächsischem[17], Oesterreichischem[18] und Französischem Recht[19] wird der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte.

4. Gemeinrechtlich gehören die in das Nachbargrundstück überhangenden Früchte dem Eigenthümer des Baums, und der Nachbar ist verbunden, das Betreten des Grundstücks zum Abholen der übergefallenen Früchte zu gestatten[20]. Das Gleiche wird nach Französischem Recht angenommen[21]. Unsere Landesrechte

---

[13] Diese Meinung vertreten: Schmid, Handbuch § 9, 32; Pagenstecher, Eigenthum II. 101; Vangerow § 326, Anm. 2, 2; Wächter, Pandekten § 136 Beilage I; Brinz, Pandekten § 145, 43; Baron § 135, 12. Dieß ist die Auffassung des Bayr. L.R. II. 3. 20 Nr. 3. Unterholzner, A. f. C.Pr. VIII. 338 will dieß nur für Industrialfrüchte annehmen, an Naturalfrüchten aber nur bonae fidei possessio einräumen s. gegen diese Unterscheidung Kreittmayr, Anm. Nr. 8 zu Bayr. L.R. II. 2. 8; Schmid, Handbuch § 9, 28; Arndts § 156 Anm. 3 b.

[14] Savigny, Besitz 277 f.; Windscheid, Z. f. C.R. IV. 121 und Pandekten § 186, 12.

[15] Marezoll Z. f. C.R. XVIII. 226; Sintenis, C.R. § 49, 31.

[16] Pr. L.R I. 7. 189. Der redliche Besitzer behält alle Früchte der früheren Zeit und muß die des letzten Wirthschaftsjahrs mit dem Eigenthümer theilen Förster Eccius § 165, 11—28. Vgl. unten § 262, 62.

[17] Sachsen B.G.B. § 244. Er wird Eigenthümer mit der Trennung. Vgl. unten § 262, 61.

[18] Oesterreich A.B.G.B. § 330. Er wird Eigenthümer mit der Separation Unger, O.P.R. § 128, 34; Randa, Eigenthumsrecht § 14, 15.

[19] C. c. Art. 549; Zachariä § 201, 3a; § 218, 7.

[20] Vgl. oben § 240, 5. Manche nehmen ein allgemeines Gewohnheitsrecht an, wonach die überhangenden Früchte dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks gehören Schmid, Handbuch § 3, 27; Runde, P.R. § 276. Die gleiche Ansicht hatte Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. II. 3. 20; allein zu dieser Annahme ist kein Grund, das Ueberhangsrecht gilt vielmehr nur da, wo es durch besondere gesetzliche Bestimmung oder als Gewohnheitsrecht erhalten ist Eichhorn, P.R. § 173 b; Maurenbrecher, P.R. § 241, 4; Hillebrand, P.R. § 50, 7; Gerber, P.R. § 91, 8; Windscheid § 169, 9. Ueber das Ueberfallsrecht vgl. Hillebrand, das Ueberhangs- und Ueberfallrecht Z. f. D. R. IX. 310 f.

[21] Zachariä § 242, 4. Es ist dieß jedoch bestritten.

Digitized by Google

sprechen sie jedoch vielfältig dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks zu [22].

§ 248.

V. Verarbeitung [1].

Verarbeitung liegt dann vor, wenn eine bewegliche Sache in der Art umgestaltet wird, daß eine neue eigenthümliche Sache daraus entsteht [2]. Ueber das dabei obwaltende Rechtsverhältniß waren die Meinungen unter den römischen Juristen getheilt. Die Sabinianer stellten die Verarbeitung unter den Gesichtspunkt der Accession, indem sie annahmen, die Arbeit trete zum Stoff hinzu, die Sache gehöre daher dem Stoffeigenthümer [3]. Die Proculejaner dagegen sahen in der Verarbeitung die Zerstörung der alten Sache, und nahmen an, daß die neue Sache durch Occupation dem Verarbeitenden zufalle [4]. Eine schon früher gebildete vermittelnde Meinung [5], wonach derjenige den fremden Stoff zu einer neuen

[22] Dieß gilt namentlich nach gemeinem Sachsenrecht Heimbach, P.R. § 316, 10; Curtius, P.R. § 535 a; Hesse, R.B. § 113 Nr. 2; Bayr. L.R. II. 3. 20 Nr. 2; Württemberg Bauordnung 1655, neue Bauordnung Art. 73 Lang, Sachenrecht § 25, 11; Pr. L.R. I. 9. 289—292; Förster Eccius § 173, 48; Dernburg, P. P.R. I. § 220, 14; Sachsen B.G.B. § 363. Auch nach Oesterreichischem Recht ist dieß als Consequenz der Bestimmung A.B.G.B. § 422 anzunehmen Kirchstetter, Commentar 210, 2.

[1] Fitting, A. f. C.Pr. XLVIII. 1. 149; Gesterding, Eigenthum § 35; Schmid, Handbuch § 11; Pagenstecher, Eigenthum II. 113; Windscheid § 187; Brinz, Pandekten (2) § 149; Bangerow § 310; Arndts § 155; Wächter, Pandekten § 135; Sintenis, C.R. § 50. II; Lang, Sachenrecht § 34; Förster Eccius § 176 II; Aubry § 105.

[2] Ob eine solche Neugestaltung vorliege ist Thatfrage s. Fitting, A. f. C.Pr. XLVIII. 10—25; 182; 322; Windscheid § 187, 5; Sintenis § 50, 10; Förster Eccius § 176, 22—28. Auch in der Vermischung kann eine Specifikation liegen oben § 244, 108.

[3] l. 12 § 3 D. 10. 4; l. 4 § 20 D. 41. 3; l. 7 § 7 D. 41. 1; Brinz, Pandekten (2) § 149, 17; Wächter, Pandekten § 134, 4. A. M. Fitting, A. f. C.P. XLVIII. 154—158, der annimmt, daß auch die Sabinianer von dem Occupationsrecht ausgegangen seien.

[4] l. 7 § 7 D. 41. 1; Brinz, Pandekten (2) § 149, 14; Wächter, Pandekten § 135, 5; Fitting, A. f. C.Pr. XLVIII. 151.

[5] Sie findet sich schon bei Callistratus l. 12 § 1 D. 41. 1, Paulus l. 24.

Digitized by Google

Sache verarbeitet, Eigenthümer derselben wird, wenn die Sache nicht wieder in ihre frühere Gestalt gebracht werden kann, wurde von Justinian recipirt und ist geltendes Recht geworden. Dabei ist jedoch bestritten, ob der Specifikant unter dieser Voraussetzung immer Eigenthum erwerbe, oder nur soweit er in gutem Glauben war. Dieß ist die Grundlage der Ausbildung des Instituts im Preußischen und Sächsischen Recht, welche die Voraussetzung, daß die Sache nicht wieder in den früheren Zustand gebracht werden könne, zwar fallen lassen, dagegen bezüglich des Erfordernisses des guten Glaubens die beiden abweichenden Richtungen der gemeinrechtlichen Doktrin repräsentiren. Dagegen haben das Oesterreichische und Französische Recht die gemeinrechtliche Grundlage verlassen und ein verschieden bestimmtes Wahlrecht der Interessenten an die Stelle gesetzt. Es ist daher zu unterscheiden:

I. System des Gemeinen Preußischen und Sächsischen Rechts. Gemeinrechtlich wird derjenige, der fremden Stoff zu einer neuen Sache verarbeitet, Eigenthümer derselben, wenn die Sache nicht in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann[6]. Bestritten ist, ob zur Eigenthumserwerbung guter Glaube des Verarbeitenden erforderlich sei oder nicht[7]. Die eine Meinung geht dahin, es sei zum Eigenthumserwerb guter Glaube des Specifikanten nicht

D. 41. 1 und Ulpian l. 5 § 1 D. 6. 1; Fitting, A. f. C.Pr. XLVIII. 161, 7; Vangerow § 310 Anm.

[6] § 25 Inst. 2. 1; Schmid, Handbuch § 11, 8; Fitting, A. XLVIII. 335, 112; Bayr. L.R. II. 3. 14 Nr. 1. Läßt sie sich in ihre frühere Gestalt zurückführen, so bleibt sie dem Eigenthümer. Bestritten ist, ob dieß auch dann der Fall sei, wenn der Specifikant theils eigenen theils fremden Stoff verarbeitet hat, was Schmid, Handbuch § 11, 11, Seuffert § 131, 4, Vangerow § 310 Anm. Nr. 1, Sintenis, C.R. § 50, 16, Wächter, Pandekten § 135, 8 und Arndts § 155 Anm. 2 bejahen, dagegen Fitting, A. XLVIII. 316 f., Windscheid § 187. 4, Brinz, Pandekten (2) § 149, 24, Baron, Pandekten § 136, 7, Lang, Sachenrecht § 34, 8 und Erk. Glückstadt 11/5 1841 · Anz. 41. 238 verneinen, indem sie annehmen, daß in diesem Fall das Eigenthum der neuen Sache dem Specifikanten erworben werde, auch wenn sie sich auf ihre früheren Bestandtheile zurückführen lasse. Die letztere Meinung war früher sehr verbreitet, und ist von Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 3. 14 angenommen; das Preußische und Sächsische Recht nehmen darauf, ob der Stoff sich wieder in die frühere Gestalt bringen lasse, überhaupt keine Rücksicht, unten Note 13. 16.

[7] S. die Literatur über diese Streitfrage bei Windscheid § 187, 2.

Digitized by Google

erforderlich[8], der Glaube desselben komme vielmehr nur insoferne in Betracht, als sich darnach seine Entschädigungspflicht verschieden gestalte, indem der Specifikant, der mala fide gehandelt, das volle Interesse zu leisten habe[9], während er, wenn er in gutem Glauben gehandelt habe, nur für Bereicherung hafte[10]. Nach der anderen Ansicht erwirbt der Specifikant das Eigenthum nur, wenn er in gutem Glauben handelte[11], und hat dem Stoffeigenthümer Ersatz zu leisten, soweit er bereichert ist[12]. Nach Preußischem Landrecht fällt das Eigenthum der verarbeiteten Sache immer an den gutgläubigen Verfertiger[13], dieser muß aber dem Eigenthümer der Materialien nach seiner Wahl ebensoviel Materialien von gleicher Art und Güte zurückgeben, oder den Werth der Materialien nach

---

[8] Diese Ansicht ist vertreten von Gesterding, Eigenthum § 35, 32 f.; Pagenstecher, Eigenthum II. 118; Schmid, Handbuch § 11, 31; Puchta, Pandekten § 154, h; Bangerow § 310 Anm. Nr. 2; Wächter, Pandekten § 135, 10; Seuffert § 131, 5; Brinz, Pandekten (2) § 149, 31 f.; Holzschuher, Theorie § 106c. Nr. 3; Lang, Sachenrecht § 34, 7; Erk. Glückstadt 11/5 1841 Anz. 41. 238; Erk. München 4/2 1879 Sammlg. VII. 327, und ist Sachsen B.G.B. § 246 recipirt. Diese Meinung wird mehrfach darauf begründet, daß der Eigenthumserwerb des Specifikanten auf Occupation beruhe Bangerow § 310 Anm.; Schmid, Handbuch § 11, 4; dagegen Brinz, Pandekten (2) § 149, 40.

[9] Wächter, Pandekten § 135, 12; Sintenis, C.R. § 50, 18; Lang, Sachenrecht § 34, 11.

[10] Dieß wird jetzt allgemein angenommen, obwohl es in den Quellen nicht direkt ausgesprochen ist Bangerow § 310 Anm. 3; Seuffert § 131, 6; Sintenis, C.R. § 50, 17; Wächter, Pandekten § 135, 14; Brinz, Pandekten (2) § 149, 45 f.

[11] Fitting, A. XLVIII. 335 f.; Windscheid § 187, 3; Arndts § 155, 3; Baron, Pandekten § 136, 8; Celle 10/1 1861 Sf. XV. 99. Die Anhänger dieser Ansicht begründen den Eigenthumserwerb damit, daß er Belohnung der Arbeit sei. Außerdem beziehen sie sich auf l. 12 § 3 D. 10. 4; l. 13 l. 14 § 3 D. 13. 1; l. 4 § 20 D. 41. 3; l. 52 § 14 D. 47. 2; s. über diese Stellen Schmid, Handbuch § 11, 14—29; Bangerow § 310 Anm. Nr. 2. Diese Ansicht war früher die überwiegende s. Gesterding, Eigenthum § 35, 14 f., Fitting, A. XLVIII. 336. 113, und sie ist daher Bayr. L.R. II. 3. 14 Nr. 3 recipirt, auch folgt ihr das Preußische Landrecht unten Note 14.

[12] Fitting, A. XLVIII. 353. 148; Windscheid § 187, 6; Arndts § 153, 4; Bayr. L.R. II. 3. 14 Nr. 12; vgl. oben Note 10.

[13] Pr. L.R. I. 9. 304. Das Preußische Landrecht unterscheidet also nicht wie das Römische Recht, ob sich die Sache wieder in die frühere Gestalt bringen lasse oder nicht.

Digitized by Google

dem höchsten Preis zur Zeit der Verarbeitung ersetzen, und ist zum Schadensersatz verpflichtet [14]. War der Verfertiger in bösem Glauben, so wird der Eigenthümer des Stoffs Eigenthümer der Sache, und hat nur eine an den Fiskus fallende Vergütung des Arbeitslohnes zu leisten [15]. Nach Sächsischem Recht erwirbt Derjenige, der durch Umarbeitung oder Umbildung aus einer oder mehreren Sachen, mögen sie sämmtlich fremde oder zum Theil eigene sein, eine neue Sache schafft, das Eigenthum derselben, muß jedoch dem Eigenthümer des fremden Stoffs, wenn er in redlichem Glauben handelte, Ersatz soweit er bereichert ist, wenn er in unredlichem Glauben handelte vollen Ersatz leisten [16].

II. *System des Oesterreichischen und Französischen Rechts.* Nach Oesterreichischem Recht wird eine verarbeitete Sache, die sich in den vorigen Stand nicht zurückbringen läßt, den Theilnehmern gemein. Fällt keinem der Theile ein Verschulden zur Last, so bleibt Dem, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl vorbehalten. Jenachdem also die Arbeit oder der Stoff mehr werth ist, kann der Specifikant oder der Eigenthümer des Stoffs die Sache für sich behalten. Hat der Specifikant schuldhaft gehandelt, so steht dem Eigenthümer des Stoffs das Wahlrecht zu, ob er die Sache gegen Ersatz der Verbesserung für sich behalten oder sie dem Specifikanten gegen Vergütung überlassen wolle. Der Specifikant kann außerdem zum Schadensersatz angehalten werden [17]. Nach Französischem Recht hat der Eigenthümer des Stoffs, den ein Dritter gebraucht hat um ein neues Werk daraus zu bilden, wenn der Werth der Arbeit den Werth des Stoffes nicht übersteigt das Recht, das neugebildete Werk gegen Zahlung des Werths der darauf verwendeten Arbeit sich anzueignen, oder statt dessen die Wiedererstattung seines Stoffes in gleicher Gattung Menge und Güte oder die Zahlung des Werths zu verlangen [18]. Uebersteigt dagegen der Werth der Arbeit den Werth des Stoffs, so hat der Verfertiger das Recht, die

[14] Pr. L.R. I. 9. 304—306; Förster Eccius § 176, 18.

[15] Pr. L.R. I. 9. 299—301; Förster Eccius § 176, 21.

[16] Sachsen B.G.B. § 246. Auch das Sächsische Recht unterscheidet nicht, ob sich die Sache wieder in die frühere Gestalt bringen lasse oder nicht.

[17] Oesterreich A.B.G.B. § 417.

[18] C. c. Art. 570—576; Aubry § 205, 3.

Digitized by Google

Arbeit gegen Bezahlung des Werths des Stoffes zu behalten, kann aber unter Umständen zur Entschädigung angehalten werden [19]. Hat Jemand zu einem Werk theils eigenen, theils fremden Stoff gebraucht und sie so vereinigt, daß sie nicht mehr getrennt werden können, so ist die Sache zwischen beiden nach Verhältniß des Stoffes und der Arbeit gemeinsam [20].

VI. Ersitzung [1].

§ 249.

1. Im Allgemeinen.

Die Ersitzung ist die Erwerbsart, bei welcher durch Zeitablauf der redliche Besitzer einer Sache oder eines Rechtes zum Eigenthümer wird [2]. Die Ersitzung in ihrer gegenwärtigen Gestalt gehört ihrem Ursprung nach dem römischen Recht an. Dem älteren Deutschen Recht war die Ersitzung als Art des Eigenthumserwerbs nicht bekannt [3]. In den älteren Deutschen Rechtsquellen findet sich nur die Verjährung von 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen für erblose Verlassenschaften [4], und die rechte Ge-

[19] C. c. Art. 571. 577.

[20] C. c. Art. 572.

[1] Unterholzner, Verjährungslehre 1858; Pagenstecher, Eigenthum II. 229 f.; Schmid, Handbuch § 14; Windscheid § 175—183; Bangerow § 314 bis 325; Brinz, Pandekten (2) § 153—163; Sintenis, C.R. § 51; Stobbe, P.R. § 93 und 153; Förster Eccius P. P.R. § 177; Dernburg, P. P.R. I. § 173—177; Roth, Bayr. C.R. (1) § 145—147; Lang, Sachenrecht § 38—46; Haubold, P.R. § 185; Curtius, P.R. § 553—568; Unger, Ö. P.R. § 104; Zrodlowski, zur Lehre von der Ersitzung in: Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilrecht 1872 1—129; Zachariä § 209—217; Aubry § 216—218.

[2] l. 3 D. 41. 3. Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti; Pr. L.R. I. 9. 503; Sachsen B.G.B. § 260. 261; Oesterreich. A.B.G.B. § 1452; C. c. Art. 2219. Ueber den Begriff der Ersitzung vgl. Windscheid § 175; Brinz, Pandekten (2) § 153; Förster Eccius § 176 I.

[3] Unterholzner, B.L. § 21; Mittermair, P.R. § 163, 1. Die Spuren der Acquisitivverjährung, die sich in älteren Quellen des Deutschen Rechts finden, sind auf Eindringen römischer Rechtssätze zurückzuführen.

[4] Ssp. I. 29; Albrecht, Gewere 117; Laband, vermögensrechtliche Klagen 373; Beseler, P.R. § 89, 28; Stobbe, P.R. § 68, 21.

Digitized by Google

were (Verjährung von Jahr und Tag)[5]. Beide sind von Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsinstituts in einzelnen Landestheilen gewesen. Die erstere wurde in den Ländern des sächsischen Rechts als Ersitzungszeit für Immobilien recipirt, die dadurch ungemein ausgedehnt wurde[6]; die letztere war auch in nichtsächsischen Landestheilen in Uebung. Die rechte Gewere hatte zur Voraussetzung faktischen unwidersprochenen Besitz von Jahr und Tag[7], in Folge dessen alle entgegenstehenden Ansprüche Dritter, insoferne ihre Geltendmachung möglich gewesen wäre, ausgeschlossen wurden[8]. Die rechtliche Natur dieses Instituts ist seit lange bestritten, indem ihm von den einen die Eigenschaft der erlöschenden[9], von den andern die Eigenschaft der erwerbenden Verjährung beigelegt wird[10]; in Wirklichkeit konnte sie in ihrer ursprünglichen Gestalt weder der einen noch der anderen verglichen werden[11]. Dagegen wurde nach Reception des römischen Rechts, da wo sie erhalten war, die rechte Gewere als Acquisitivverjährung aufgefaßt und die Grundsätze derselben darauf angewendet. Es gilt dieß insbesondere von dem Lübischen Recht[12] und den süddeutschen

---

[5] Albrecht, Gewere 99 f.; Laband, vermögensrechtliche Klagen 292—352; Heusler, Gewere 237 f.; Stobbe, P.R. § 74.

[6] Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Bauer de Saxonica rei immobilis usucapione Op. I. 308—319; Steinacker de vi et indole praescriptionis rerum immobilium Saxoniae 1837. Später wurde dieß gesetzlich anerkannt Neue Decisionen 1746 Nr. 1. Diese sächsische Immobiliarverjährung ist jetzt nur noch in dem Rechtsgebiet des gemeinen Sachsenrechts in Holstein und den Thüringischen Staaten geltendes Recht. Ueber die sehr bestrittene Frage, ob die Ersitzung die Natur der ordentlichen oder der außerordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts habe vgl. unten § 250, 53.

[7] Früher wurde allgemein angenommen, daß die rechte Gewere nur bei gerichtlicher Auflassung gegeben sei; allein dieß entbehrt der Begründung; dieses Erforderniß bildete sich erst später namentlich in dem Magdeburger Recht aus Laband, vermögensrechtliche Klagen 292 f.; Stobbe, P.R. § 74, 10.

[8] Laband, vermögensrechtliche Klagen 321 f.; Stobbe, P.R. § 74, 14 f.; Unger, Ö. P.R. § 104, 89.

[9] Gengler, Lehrbuch 227, 32; Baumeister P.R. § 11, 13; Unger, Ö. P.R. § 104, 80.

[10] Albrecht, Gewere 99, 205; Unterholzner, V.L. § 22, 82.

[11] Laband, vermögensrechtliche Klagen 352; Heusler, Gewere 252; Stobbe, P.R. § 74, 17.

[12] Es findet dieß auf die in St. I. 8. 1 und III. 6. 1. 3. V. 6. 1 be-

Digitized by Google

Statuten[13]. Ebenso wurde für die Mobiliarersitzung des sächsischen Rechts von Jahr und Tag die Eigenschaft als ordentliche Ersitzung nicht beanstandet[14]. Für die Ersitzung sind also in der Hauptsache die Grundsätze des gemeinen Rechts maßgebend, und es haben die Ueberbleibsel älterer deutschrechtlicher Einrichtungen sich nur als Modifikationen des gemeinrechtlichen Instituts in Einzelheiten erhalten. Ebenso sind die gemeinrechtlichen Grundlagen in unseren Landesrechten erhalten.

Die Ersitzung ist eine ordentliche oder außerordentliche, je-

---

stimmte Ersitzung Anwendung, für welche für Mobilien sowohl als Immobilien die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung als erforderlich angenommen werden Brehmer de annali praescriptione § 10; Mevius, Comm. 32—34 zu St. I. 1. 8; 13. 14 zu St. III. 6. 1; 3 zu St. III. 6. 3; Stein, Abh. II. § 10. 11. 14. 19; Carsten, Beiträge II. 37; Wilmowski, Lüb. R. 62. 65; Eichhorn, P.R. § 177c; Mittermaier, P.R. § 164, 7; Gengler, P.R. § 44, 14; Unterholzner, V.L. § 23 II; Heimbach, R.L. XII. 329. Die abweichende Meinung von Gerber, P.R. § 101, 7 und Hillebrand, P.R. § 48, 10. 11, welche der Lübischen Annalverjährung auch jetzt noch die Eigenschaft der Extinctivverjährung beilegen wollen, steht vereinzelt, und hat in der Praxis keinen Anhalt.

[13] Nach Bayr. L.R. 1616 IX. 1 ist für erkaufte Immobilien eine Ersitzungszeit von 5 und 10 Jahren bestimmt, die aus der rechten Gewere von 1 und 2 Jahren des Rechtsbuchs Ludwigs des Bayern hervorgegangen ist Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 54. Die fortdauernde Geltung ist eben so zweifellos wie die Anwendung der Grundsätze der ordentlichen Ersitzung darauf vgl. unten § 250, 160. Die Ueberbleibsel der rechten Gewere in den Statuten von Nürnberg, Dinkelsbühl und Nördlingen sind von diesen Statuten selbst als Ersitzungsfristen bezeichnet Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 55. 57. 58. Die Bestimmung der Regensburger Wachtgerichtsordnung 1746. I. 4 Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 60, welche eine einjährige Ersitzungsfrist für Immobilien festsetzt, was auf ein kaiserliches Privilegium zurückgeführt wird, ist nach Erk. München 13/10 1879 Sammlg. VIII. 8 nicht mehr anwendbar, da sie als mit den reichsstädtischen Verhältnissen in Verbindung stehend als durch V. 1/8 1810 aufgehoben erscheint. Das Gleiche wird für die durch kaiserliches Privilegium für Kaufbeuren eingeführte rechte Gewere anzunehmen sein, für deren fortdauernde Anwendung keine Nachweise vorliegen Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 59.

[14] Vgl. unten § 250, 145. Es beruht dieß auf Gerichtsgebrauch der an Ssp. I. 28 und II. 44 wenn auch irrthümlich anknüpfend diese einjährige Ersitzung aus der rechten Gewere ausbildete Haubold de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxoniae 1797 II. 37; Haubold, P.R. § 185b; Unterholzner, V.L. § 23, I.

Digitized by Google

nachdem sie das Vorhandensein eines Titels voraussetzt oder nicht[15]; dabei kann an Sachen, die an sich ersitzungsfähig sind, bei denen aber durch Rechtssatz die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, die außerordentliche Ersitzung stattfinden[16].

Die Ersitzung setzt ein ersitzungsfähiges Objekt voraus. Gemeinrechtlich und nach Preußischem und Oesterreichischem Recht kann sich die Ersitzung auf alle Sachen und Rechte erstrecken, an denen Eigenthum erworben werden kann[17] und die nicht durch eine besondere gesetzliche Bestimmung der Ersitzung entzogen sind; dagegen ist nach Sächsischem Recht die Ersitzung nur zuläßig an beweglichen Sachen[18] und Grunddienstbarkeiten[19]; nach französischem Recht nur bei Immobilien[20] und ständigen und offenen Grunddienstbarkeiten[21]. Ausgeschlossen ist die Ersitzung

---

[15] Unterholzner, V.L. § 180; Windscheid § 175, 2. Die Unterscheidung ist unverändert in das Sächsische B.G.B. § 260. 261, Oesterreich A.B.G.B. § 1461. 1477 und C. c. Art. 2262. 2265 übergegangen. Das Preußische Landrecht unterscheidet in den Marginalien zu I. 9. 579. 629 gewöhnliche und ungewöhnliche Ersitzung, und rechnet zu der ersteren auch die dreißigjährige titellose Ersitzung; materiell bewirkt dieß indessen keinen Unterschied Förster Eccius § 177, 26.

[16] Unterholzner, V.L. § 181. Vgl. unten § 252, 4 und 15.

[17] Pr. L.R. I. 9. 580; Förster Eccius § 177, 29; Oesterreich A.B.G.B. § 1455. Da der Besitz die Voraussetzung der Ersitzung bildet, so können Sachen und Rechte, die nicht besessen werden können, auch nicht ersessen werden Unterholzner, V.L. § 49; Windscheid § 175a; Förster Eccius § 177, 29; Oesterreich A.B.G.B. § 1455. Daher ist gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht Ersitzung von Gesammtsachen als solchen nicht möglich l. 30 § 2 D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 4; Unterholzner, S.B. § 49 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 63. 191; Randa, Besitz § 19, 3, wohl aber nach Preußischem Recht und dem Bayrischen Landrecht vgl. oben § 226, 37. 38. Nach Pr. L.R. I. 9. 580 ist die Ersitzung auch ausgeschlossen an Sachen und Rechten, an denen Jemand wegen Mangels persönlicher Eigenschaften Eigenthum zu erwerben unfähig ist Förster Eccius § 177, 29.

[18] Sachsen B.G.B. § 260. 261. Es erstreckt sich dieß nicht auf Sachen, die dem Verkehr entzogen sind B.G.B. § 58. An Grundstücken, sowie an Rechten, welche ein Folium im Grundbuch erhalten haben, ist die Ersitzung ausdrücklich ausgeschlossen B.G.B. § 279. 280. Ueber ähnliche Bestimmungen in den Rechten von Hamburg, Lübeck und Braunschweig vgl. unten Note 31.

[19] Sachsen B.G.B. § 577. Dagegen ist die Ersitzung bei Reallasten und persönlichen Dienstbarkeiten ausgeschlossen B.G.B. § 512. 647.

[20] C. c. Art. 2265. Es gilt dieß auch für den Nießbrauch der durch C. c.

Digitized by Google

1. an Sachen, die dem Verkehr entzogen sind[22], und an Rechten gegen ausdrückliche Verbotsgesetze[23];

2. an Sachen, die durch gesetzliche Bestimmung der Ersitzung entzogen sind. Es gehören dahin

a. gemeinrechtlich Sachen der Pupillen bis zu eingetretener Mündigkeit derselben[24], während der Dauer der väterlichen Ge-

---

Art. 526 den unbeweglichen Sachen gleichgestellt ist Zachariä § 223, 3. Ausgenommen sind Immobilien außer Verkehr C. c. Art. 2226; Immobilien der Minderjährigen und Entmündigten bis zu ihrer Selbstständigkeit C. c. Art. 2252, und veräußerte Dotalgrundstücke der Ehefrau die nach Dotalrecht lebt während der Ehe C. c. Art. 2255; Zachariä § 211, 7. 14 § 215a, 13. Bei Mobilien ist Ersitzung nicht zuläßig, weil nach C. c. Art. 2279 der Besitz die Stelle des endgiltig erworbenen Eigenthums vertritt vgl. darüber Zachariä § 215a.

[21] C. c. Art. 690. 691; Zachariä § 251. An anderen Rechten findet nach französischem Recht Ersitzung nicht statt.

[22] l. 9 D. 41. 3; Unterholzner, V.L. § 51—55; Schmid, Handbuch § 14, 5; Sintenis, C.R. § 51, 27; Bayr. L.R. II. 3. 3 Nr. 1; Erk. Darmstadt 8/10 1867 A. f. Pr.R. V. 214 (flumina perennia); Pr. L.R. I. 9. 581 Förster Eccius § 177, 30; Oesterreich A.B.G.B. § 1455. Es gilt dieß auch nach dem Sächsischen und Französischen Recht oben Note 18. 20. Pr. L.R. I. 9. 582 erwähnt auch die durch gültige Privatverfügung dem Verkehr entzogenen Sachen. Es ist aber darunter ein Veräußerungsverbot zu verstehen Koch, Commentar zu L.R. I. 4. 15 Note 28.

[23] Pr. L.R. I. 9. 664; Förster Eccius § 177, 33; Dernburg, P. P.R. I. § 173, 6. Dieß gilt auch gemeinrechtlich, da auch Immemorialverjährung dagegen nicht zuläßig ist oben § 88, 19; Holzschuher, Theorie § 107, 19.

[24] Nach l. 3 Cod. 7. 39 wird angenommen, daß an Sachen der impuberes auch die dreißigjährige Ersitzung ausgeschlossen sei, so daß dieselben während der Dauer der Unmündigkeit aller Ersitzung entzogen sind Unterholzner, Verjährungslehre § 35; Sintenis, C.R. § 51, 32; Wächter, Pandekten § 138, 38; Vangerow § 325; Brinz, Pandekten (2) § 156, 37. Eine davon abweichende Meinung stellt sie den Sachen der Minderjährigen gleich, und unterwirft sie der dreißigjährigen Ersitzung Schmid, Handbuch § 14, 10, während eine dritte Meinung den Ausschluß der Ersitzung an den Sachen der Unmündigen auf die Sachen der Minderjährigen ausdehnt, so daß die letzteren während der Dauer der Minderjährigkeit der Ersitzung ganz entzogen sind Heimbach, R.L. XII. 387, 307; Heimbach, P.R. § 321, 5; Erk. Zerbst 1834; Emminghaus, Pandekten 803 Nr. 110; Gutachten Jena 1695; Emminghaus, Pandekten 802 Nr. 103. Letztere Auffassung ist im Bayr. L.R. II. 4. 8 Nr. 6 recipirt, indem hiernach Beginn und Lauf der Ersitzung für alle Sachen der unter Curatel stehenden Personen ausgeschlossen ist. Vgl. Kreittmayr, Anm. 6 zu L.R. II. 4. 3 und Anm. 4 zu L.R. II. 4. 8.

Digitized by Google

walt die ordentlichen Adventitien der Hauskinder[25], und der zur Strafe der zweiten Ehe des Vaters ihnen zufallenden lucra nuptialia der ersten Ehe[26], dann an dem tignum junctum solange die Verbindung dauert[27];

b. nach Bayrischem Landrecht[28], und Französischem Recht[29] Sachen der Minderjährigen und unter Vormundschaft stehenden Personen;

c. nach mehreren Rechten, welche das Grundbuchsystem angenommen haben, ist theils die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer[30], theils die Ersitzung überhaupt ausgeschlossen[31].

---

§ 250.

2. Die ordentliche Ersitzung.

Die ordentliche Ersitzung setzt voraus:

I. Ein ersitzungsfähiges Objekt. Sachen, welche der Ersitzung überhaupt fähig sind, können der ordentlichen Ersitzung aus subjektiven oder objektiven Gründen entzogen sein.

1. Entziehung aus subjektiven Gründen ist nur gemeinrechtlich und nach Preußischem und Oesterreichischem Recht, nicht aber

---

[25] l. 14 Cod. 6. 61; l. 1 § 2 Cod. 7. 40; Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. II. 3. 4; Unterholzner, V.L. § 34; Vangerow § 325, 1; Sintenis, C.R. § 51, 31.

[26] Nov. 22 c. 24; Schmid, Handbuch § 14, 14; Sintenis, C.R. § 51, 43; Vangerow § 317 B. 2. Vgl. unten § 251, 15.

[27] l. 7 § 11 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 14, 47; Vangerow § 317 B. 9; Unterholzner, V.L. § 49 Nr. 2; Seuffert, Pandekten § 134, 4 und § 144, 3; Lang, Sachenrecht § 42, 7a. A. M. Windscheid § 182, 13.

[28] S. oben Note 24.

[29] C. c. Art. 2252.

[30] Vgl. unten § 261, 11.

[31] Nach Braunschweig E.E.G. § 7 ist Ersitzung an eingetragenen Immobilien ausgeschlossen; nach Sachsen B.G.B. § 279 ist Ersitzung an Immobilien überhaupt nicht gegeben. Ausgeschlossen ist ferner die Ersitzung an Immobilien nach den Rechten von Hamburg und Lübeck, nach welchen Eigenthum an Grundstücken unter Lebenden nur durch Zuschreibung im Grundbuch erworben wird Hamburg H.O. § 6; Lübeck H.O. § 29; Baumeister, P.R. § 12, 31.

Digitized by Google

nach Sächsischem [1], Französischem [2] und Württembergischem Recht [3] gegeben. Es gilt dieß für Sachen des Staats [4], der Gemeinden [5],

---

[1] Das Sächsische B.G.B. unterscheidet § 260. 261 die ordentliche und außerordentliche Ersitzung nur jenachdem ein Titel vorhanden ist oder nicht.

[2] C. c. Art. 2227 schließt die Privilegien des Staats der öffentlichen Anstalten und der Gemeinden ausdrücklich aus.

[3] In Württemberg sind durch Ges. 4/3. 1873 die gemeinrechtlich begründeten Privilegien des Staates, des Landesherrn, der Kirchen und milden Stiftungen und der Städte und Dorfgemeinden aufgehoben Lang, Sachenrecht § 43, 15.

[4] l. 18 D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 7; Unterholzner, Verjährungslehre § 56. Es gilt dieß auch nach Bayrischem Landrecht Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 1. Es ist bestritten, ob für die außerordentliche Ersitzung an Sachen des Staats der Zeitraum von 30 oder 40 Jahren gelte vgl. oben § 87, 130. 131. Für die 30jährige Ersitzungszeit erklären sich Savigny, System V. 359; Bangerow § 148 Anm. 2 Nr. 4; Sintenis, C.R. § 31, 7; Erk. München 19/2 1847 Sf. III. 296; Oldenburg 1871 Sf. XXV. 217; Rostock 15/6 1857. Budde III. 57 und für Hamburg Baumeister, P.R. § 12, 18; für die vierzigjährige Heffter in Becker, Jahrb. VI Nr. 1; Heimbach, A. f. C.Pr. XLVIII. 2. Die letztere ist anerkannt nach feststehender Praxis in Hannover Erk. Celle 9/10 1856 T. E. II. 16; Braunschweig Erk. Wolfenbüttel 23/1 1877 Sf. XXXII. 108 und nach gemeinem Sachsenrecht Curtius, P.R. § 558a; Heimbach, P.R. § 321, 3; Erk. Dresden 1846 Emminghaus, Pandekten 800 Nr. 86; Jena 6/5 1864 Sf. XVIII. 14; vgl. unten § 251, 19. Nach römischem Recht war das Privilegium auf Sachen des Regenten ausgedehnt Windscheid § 182, 3, was nach unserem Recht nicht mehr als zuläßig erscheint Holzschuher, Theorie § 32, 1; Erk. München 1830 Sf. VIII. 297. Nach Pr. L.R. I. 9. 629 unterliegen Sachen des Fiskus einer 44jährigen Ersitzung Dernburg, P. P.R. I. § 178, 4; Förster Eccius P. P.R. § 37, 35. Nach Oesterreich. A.B.G.B. § 1472 ist für die nicht eingetragenen Immobilien des Fiskus eine vierzigjährige Ersitzungszeit bestimmt unten § 251, 28.

[5] Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob und in welchem Umfang die ordentliche Ersitzung gegen Gemeinden ausgeschlossen sei. Auf Grund von l. 9 D. und l. 12 § 2 D. 6. 3 nehmen manche an, daß Sachen der Städte der ordentlichen Ersitzung entzogen seien Bangerow § 317, 4; Unterholzner, V.L. § 45, 58; Erk. Cassel 16/10 1842 Sf. III. 297; Wolfenbüttel 21/10 1825 Sf. XVI. 187; Glückstadt 29/5 1855 Anz. 55, 308; Berlin 3/11 1868 Sf. XXIV. 17. Andere dehnen dieß auf alle Gemeinden aus Kreittmayr, Anm. 14e zu L.R. II. 4. 3; Erk. München 28/2 1873 Sammlung III. 127; vgl. auch die bei Roth, Bayr. C.R. (2) § 39, 12 angeführten Erkenntnisse, ebenso Präjudiz Darmstadt Sf. III. 137. Die gleiche Stellung nahm die Württembergische Praxis ein Erk. Stuttgart 14/10 1845 Sf. IX. 119; Lang, Sachenrecht § 43, 15. Gegen das Vorrecht der Gemeinden erklären sich Arndts § 162, 1; Windscheid § 182, 5; Sintenis § 51, 37; Erk. Berlin 13/3 1879

Digitized by Google

der Kirchen und milden Stiftungen[6], nach Preußischem Landrecht derjenigen Korporationen, denen durch Privilegium die Rechte des Fiskus oder der Kirchen beigelegt sind[7]; ferner gemeinrechtlich für die Sachen der mündigen Minderjährigen[8].

Sf. XXXV. 100. Im gemeinen Sachsenrecht ist es nicht anerkannt Curtius, P.R. § 559a. Nach Pr. L.R. I. 9. 629 kömmt es nur denjenigen Stadtgemeinden zu, welchen durch Privilegium die Rechte des Fiskus oder der Kirchen beigelegt sind Erk. O.T. 1/11 1849 Entsch. XVIII. 182; Förster Eccius P. P.R. § 57, 37 unten § 251, 24. Nach Oesterreich. A.B.G.B. § 1472 ist das Privilegium der 40jährigen Ersitzung auf nicht eingetragene Immobilien der Gemeinden beschränkt unten § 251, 28.

[6] Gemeinrechtlich gilt dieß nur für Immobilien nicht aber für Mobilien Nov. 111. c. 1; Nov. 131. c. 6; Authent. quas actiones zu l. 23 Cod. 1. 2; Unterholzner, V.L. 40; Sintenis, C.R. § 51, 37; Kreittmayr, Anm. 7 zu Bayr. L.R. II. 4. 3; Erk. Darmstadt 21/1 1852 Sf. IX. 266. Dieß gilt auch nach gemeinem Sachsenrecht Curtius, C.R. § 558b. Allgemein schließt die ordentliche Ersitzung gegen Kirchen aus Pr. L.R. I. 9. 629.

[7] Pr. L.R. I. 9. 629.

[8] Sachen der Unmündigen sind gemeinrechtlich aller Ersitzung entzogen, was manche ausdehnend auf Sachen der Minderjährigen anwenden oben § 249, 24—26. Nach l. 5 Cod. 2. 41 und l. 3 Cod. 7. 35 sind Sachen der mündigen Minderjährigen während der Dauer der Minderjährigkeit der ordentlichen Ersitzung entzogen, dagegen der außerordentlichen Ersitzung unterworfen Unterholzner, V.L. § 35; Windscheid § 182, 11; Brinz, Pandekten (2) § 156, 31; Schmid, Handbuch § 14, 10; Sintenis, C.R. § 51, 32. 44; Erk. Celle 27/9 1849 Sf. X. 224. Nach einer anderen Ansicht soll sich die Ausschließung der ordentlichen Ersitzung gegen mündige Minderjährige auf Immobilien beschränken Puchta, Pandekten § 132, 27. 28, während Andere die Ausschließung ganz in Abrede ziehen Baron, Pandekten § 145, 5; Bangerow § 317 Anm. Nr. 5. Gemeinrechtlich stehen andere curatelmäßige Personen den Minderjährigen nicht gleich Windscheid § 182, 11; Sintenis, C.R. § 51, 45; Schmid, Handbuch § 14, 11. Nach Pr. L.R. I. 9. 593. 594 wird Beginn und Lauf der Ersitzung gegen vertretene curatelmäßige Personen nicht aufgehalten, jedoch kommt ihnen, wenn die Vollendung der Ersitzung in die Zeit fällt, in welcher sie vertretungsbedürftig sind, das Recht der Restitution binnen 4 Jahren nach aufgehobener Vormundschaft zu Pr. L.R. I. 9. 537. 594. Gegen nicht vertretene curatelmäßige Personen ist der Beginn der Ersitzung ausgeschlossen Pr. L.R. I. 9. 595. Nach Sachsen B.G.B. § 154 und nach Oesterreich A.B.G.B. § 1494 ist der Beginn der Ersitzung gegen nicht vertretene curatelmäßige Personen ausgeschlossen; die bereits begonnene Ersitzung wird zwar in ihrem Lauf nicht gehemmt, allein sie kann nur nach behobenem Hinderniß vollendet werden. Für vertretene curatelmäßige Personen haben das Sächsische und Oesterreichische Recht keine besondere Bestimmung Unger, Ö. P.R. § 121, 3. 5.

Digitized by Google

2. Aus objektiven Gründen sind der ordentlichen Ersitzung entzogen gestohlene Sachen [9], gewaltsam in Besitz genommene Immobilien in der Hand des unredlichen Besitzers [10], die von einem

[9] Res furtivae sind gemeinrechtlich der ordentlichen Ersitzung entzogen, bis sie in die Gewalt des Berechtigten zurückgekommen sind, können also auch von einem gutgläubigen Erwerber nicht durch ordentliche Ersitzung ersessen werden § 3 Inst. 2. 6; l. 4 § 6 l. 33 pr. D. 44. 3; Schmid, Handbuch § 14, 21; Windscheid § 182, 6; Arndts § 162 Anm. 3; Bayr. L.R. II. 4. 3. Von manchen wird angenommen, daß durch die Bestimmung der C.C.C. Art. 209 auch die außerordentliche Ersitzung in der Hand des gutgläubigen Erwerbers ausgeschlossen sei Vangerow § 325 Anm. Nr. 1; Brinz, Pandekten (2) § 156, 13; Wächter, Pandekten § 137, 16; Seuffert § 140, 2; ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Nürnberg Reform XVI. 9. 2 vgl. unten Note 154; allein es entbehrt dieß der Begründung, da die C.C.C. eine von dem römischen Recht abweichende Bestimmung nicht treffen sondern nur die Vorschriften derselben bestätigen wollte Schmid, Handbuch § 14, 210. Daher lassen die außerordentliche Ersitzung des gutgläubigen Erwerbers zu Unterholzner, V.L. § 60; Schmid, Handbuch § 14, 210; Puchta, Pandekten § 159e; Keller, Pandekten § 131, 34; Sintenis, C.R. § 51, 46. Der letzteren Ansicht schließt sich an Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 4. 3. Ebenso wird nach gemeinem Sachsenrecht und Lübischem Recht die Möglichkeit außerordentlicher Ersitzung gestohlener Sachen anerkannt Curtius, C.R. § 559c; Wilmowski, Lüb. R. S. 62. Die gleiche Stellung nimmt Pr. L.R. I. 9. 584. 586 ein, indem es für gestohlene Sachen in der Hand des redlichen dritten Erwerbers, die dieser von dem Dieb erworben hat, nur die außerordentliche Ersitzung zuläßt Förster Eccius § 177, 31. Nach Oesterreich. A.B.G.B. § 1476 muß derjenige, der eine bewegliche Sache von einem unechten oder unredlichen Besitzer an sich gebracht hat, oder seinen Vormann anzugeben nicht vermag, den Verlauf der sonst ordentlichen Ersitzungszeit doppelt abwarten. Nach Sachsen B.G.B. § 266 kann der redliche Erwerber einer gestohlenen Sache dieselbe durch ordentliche Ersitzung erwerben.

[10] An diesen ist gemeinrechtlich ebenso wie bei res furtivae die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen, bis sie in die Gewalt des Berechtigten zurückgekommen sind l. 33 § 2 D. 41. 3; § 2 Inst. 2. 6; Schmid, Handbuch § 14, 36; Vangerow § 317 B. 5. Gegen die Zulassung der außerordentlichen Ersitzung sprechen sich aus gleichen Gründen wie bei res furtivae aus Vangerow § 325 Anm. Nr. 1; Brinz, Pandekten (2) § 156, 13; Seuffert § 140, 2. Dagegen lassen die außerordentliche Ersitzung des gutgläubigen Erwerbers zu Schmid, Handbuch § 14, 210; Unterholzner, V.L. § 74; Arndts § 164, 4; Sintenis, C.R. § 51, 48; Kreittmayr, Anm. 2 zu Bayr. L.R. II. 4. 3; Curtius, C.R. § 559c; das Gleiche gilt nach Pr. L.R. I. 9. 584 Förster Eccius § 177, 31. Nach französischem Rechte, welches bei der außerordentlichen Ersitzung bona fides nicht voraussetzt, steht der außerordentlichen Ersitzung durch den Usurpanten nichts entgegen vgl. unten § 251, 11.

Digitized by Google

unredlichen Besitzer veräußerten Immobilien[11], Grenzstreifen[12], gemeinrechtlich Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist[13], namentlich die während der Ehe veräußerten Dotalgrundstücke[14], die während der Dauer der väterlichen Gewalt veräuf-

---

[11] Die von dem malae fidei possessor veräußerten beweglichen Sachen sind als res furtivae gemeinrechtlich der ordentlichen Ersitzung entzogen § 3 Inst. 2. 6. Für die in solcher Weise veräußerten Immobilien ist die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen Nov. 119. c. 7, dagegen ist außerordentliche Ersitzung zulässig Unterholzner, V.L. § 76, 265; Schmid, Handbuch § 14, 40; Brinz, Pandekten (2) § 156, 20. In dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts ist die Ausschließung der ordentlichen Ersitzung nicht anwendbar, da die entgegengesetzte Vorschrift des L.R. 1616 IX. 7 erhalten ist Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 4. 3; Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 15. Auch das Preußische L.R. I. 9. 614 und Oesterreich. A.B.G.B. § 1463 kennt diese Beschränkung nicht.

[12] l. 6 Cod. 3. 39. Hier ist die dreißigjährige Ersitzung zugelassen Windscheid § 450, 10; Brinz, Pandekten (2) § 156, 45. Nach Preußischem Recht gilt dieß auch von Winkeln Förster Eccius § 170, 18. Nach Baden L.R. Art. 2241a ist hier alle Ersitzung ausgeschlossen.

[13] l. 28 pr. D. 50. 16; Windscheid § 182, 14; Bangerow § 317 B. 10; Brinz, Pandekten (2) § 156, 38; Erk. Kiel 21/8 1861 Sf. XV. 3; Stuttgart 24/5 1856 Sf. XI. 6. Hiernach ist die außerordentliche Ersitzung zulässig. Gegen die Annahme, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot ein objektives Usukapionshinderniß bilde, erklären sich Savigny, System IV. 567; Fitting, A. f. C.Pr. XLVII. 7. LI. 253; Sintenis, C.R. § 51, 39. Ein richterliches und ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot schließt die ordentliche Ersitzung nicht aus Unterholzner, Verjährungslehre § 48; Bangerow § 317 B. 10; Sintenis, C.R. § 51, 39. A. M. hinsichtlich des richterlichen Veräußerungsverbots Schmid, Handbuch § 14, 51. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot wirkt nur, wenn es mit einem gesetzlichen zusammentrifft Schmid, Handbuch § 14, 52; Bangerow § 317 B. 10. Nach Preußischem Landrecht sind die durch gültige Privatverfügung dem Verkehr entzogenen Sachen der Ersitzung ganz entzogen vgl. oben § 249, 22.

[14] An Dotalsachen kann, solange das Rückforderungsrecht der Frau nicht entstanden ist, die Ersitzung nicht beginnen l. 30 Cod. 5. 12; Schmid, Handbuch § 14, 17; Windscheid § 182, 13; dagegen wird die begonnene Ersitzung dadurch daß das Objekt Dotalsache wird nicht zum Stillstand gebracht unten Note 72. Die während der Ehe veräußerten Dotalgrundstücke aber sind durch l. 16 D. 23. 5 auch nach dieser Zeit der ordentlichen Ersitzung entzogen und können nur durch außerordentliche Ersitzung erworben werden Bangerow § 317 B. 3; Brinz, Pandekten (2) § 156, 39; Windscheid § 182, 14; Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3. A. M. Schmid, Handbuch § 14, 20, der sie von diesem Zeitpunkt an der ordentlichen Ersitzung für fähig hält. Die

Digitized by Google

ferten Bestandtheile der ordentlichen Adventitien der Hauskinder, und der ihnen zugefallenen lucra nuptialia der ersten Ehe [15], Gegenstände von Legaten, die der Onerirte veräußert hat [16], nach Braunschweigischem Recht die in das Grundbuch nicht eingetragenen Immobilien [17], nach Oesterreichischem Recht die in das Grundbuch nicht eingetragenen Immobilien und eingetragene Immobilien, die auf den Besitzer nicht umgeschrieben sind [18]. Dagegen gehört die früher bestimmte Ausschließung der res litigiosae [19]

---

gemeinrechtliche Bestimmung findet keine Anwendung da wo durch das Landesrecht die Veräußerung der Grundstücke mit Zustimmung der Frau gestattet ist vgl. oben § 98, 13; Müller, Ingrossation § 68, 11; Erk. Darmstadt 6/1 1855 A. f. Pr.R. W. V. 146.

[15] An den zu den bona adventitia regularia gehörigen Sachen ist während der Dauer der väterlichen Gewalt alle Ersitzung ausgeschlossen oben § 249, 25. Das Gleiche gilt für die Bestandtheile der lucra nuptialia, die zur Strafe der zweiten Ehe den Kindern erster Ehe eigenthümlich zufallen oben § 249, 26. Die während der Dauer der väterlichen Gewalt veräußerten Bestandtheile derselben können nach Beendigung der väterlichen Gewalt zwar ersessen werden, allein nach Nov. 22. c. 24 ist nur die außerordentliche Ersitzung gegeben und zwar sowohl bezüglich der Adventitien als der lucra nuptialia Arndts § 162 Note 4c; Seuffert § 134, 3; Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3. Nur für die letzteren nehmen dieß an Schmid, Handbuch § 14, 13, Vangerow § 317 B. 1, Sintenis § 51, 43, lassen also bei ersteren mit Aufhebung der väterlichen Gewalt die ordentliche Ersitzung zu.

[16] l. 3 § 3 Cod. 6. 43; Unterholzner, V.L. § 76, 264; Schmid, Handbuch § 14, 46; Vangerow § 317 B. 7; Brinz, Pandekten (2) § 156, 42.

[17] Nach Braunschweig E.E.G. § 7 ist die Ersitzung an Grundstücken die in das Grundbuch eingetragen sind ausgeschlossen; bei nicht eingetragenen Grundstücken wird die außerordentliche Ersitzung für zulässig erachtet Mansfeld, Gr.B.G. S. 20.

[18] Oesterreich A.B.G.B. § 1467 hatte eine Tabularersitzung von 3 Jahren eingeführt, welche mit der rechten Gewere des deutschen Rechts Aehnlichkeit hat, sich aber wie es scheint zu einer Acquisitivverjährung ausgebildet hatte s. Randa, Besitz § 5, 32 und Unger, Ö. P.R. § 104, 105 f., welcher letztere damit nicht vollständig übereinstimmt; durch G.B.G. 25/7 1871 § 61–71 ist der Charakter der Extinktivverjährung (Tabularverschweigung) wieder hergestellt Randa, Besitz § 5, 32. Das Oesterreichische Recht hat für Immobilien nur die außerordentliche Ersitzung und zwar auch gegen den eingetragenen Eigenthümer. Vgl. unten § 251, 27.

[19] Diese waren gemeinrechtlich als nicht veräußerlich der ordentlichen Ersitzung entzogen Unterholzner, V.L. § 48; Schmid, Handbuch § 14, 50. Jetzt ist das Veräußerungsverbot hinweggefallen oben § 236, 6 und daher die Beschränkung allgemein beseitigt Dernburg, P. P.R. I. § 173, 10.

Digitized by Google

und der zur Beamtenbestechung verwendeten Sachen[20] dem geltenden Recht nicht mehr an.

II. Juristischer Besitz des Gegenstandes also Besitz mit der Absicht, die Sache als eigen zu haben[21].

III. Guter Glaube[22]. Voraussetzung der Eigenthumsersitzung ist der gute Glaube des Ersitzenden[23]. Ueber den Begriff des guten Glaubens sind die Meinungen getheilt. Die frühere Ansicht identificirte denselben mit der Ueberzeugung, Eigenthümer geworden zu sein[24], eine Auffassung, welche jetzt allgemein aufgegeben ist.

---

[20] Nach l. 8 D. 48. 11 und l. 48 pr. D. 41. 3 sind Sachen, welche zur Bestechung einem Beamten übergeben sind, unter denselben Voraussetzungen wie res furtivae der ordentlichen Ersitzung entzogen. Als dem geltenden Recht angehörend führen diese Beschränkung an Schmid, Handbuch § 14, 38; Windscheid § 182, 9; Bangerow § 327 B. 8; Arndts § 162; allein dieser Bestimmung, die mit speciell römischen Verhältnissen zusammenhängt, wird mit Recht die Anwendbarkeit für das jetzt geltende Recht abgesprochen von Göschen, Vorlesungen II. 133; Brinz, Pandekten (2) § 156, 22; Lang, Sachenrecht § 43, 4. Kreittmayr in Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3 erwähnt dieses Verbot nicht.

[21] l. 25 D. 41. 3; Unterholzner, V.L. § 93; Schmid, Handbuch § 14, 135; Windscheid § 175a; Bayr. L.R. II. 4. 5 Nr. 1; Pr. L.R. I. 9. 579; Sachsen B.G.B. § 268; Oesterreich A.B.G.B. § 1462; C. c. Art. 2229; Zachariä § 215c, 2. Nach Preußischem Recht wird vollständiger Besitz vorausgesetzt Förster Eccius § 177, 37. Erk. Kiel 23/1 1851 Sf. VIII ist ausgesprochen, daß das durch Ausbauchen einer Mauer veranlaßte Hinüberragen einer Dachrinne in den Luftraum des Nachbars nicht als den zur Ersitzung erforderlichen Besitz enthaltend angesehen werden könne.

[22] Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung 1820; Stintzing, das Wesen der bona fides und des justus titulus in der römischen Usukapionslehre 1852; Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts II. Nr. 15; Schirmer, zur Lehre von der bona fides und dem justus titulus Z. f. C.R. XV. 207. XVI. 1; Wächter, die bona fides 1872; Bruns, bona fides 1872 und A. f. C.Pr. LVII. 275; Hesse, bona fides bei der Ersitzung A. f. C.Pr. LVIII. 305; Wächter, Pandekten § 122 Beilage.

[23] l. 38 D. 41. 3; Bayr. L.R. II. 4. 4 Nr. 3; Pr. L.R. I. 9. 579; Sachsen B.G.B. § 265; Oesterreich A.B.G.B. § 1463; C. c. Art. 2265.

[24] Diese von Möllenthiel, Natur des guten Glaubens § 4 aufgestellte Definition war lange die allein herrschende s. Unterholzner, V.L. § 95; Schmid, Handbuch § 14, 102; Seuffert § 136, 2; Puchta, Pandekten § 157; Keller, Pandekten § 133; sie ist neuerdings als nicht erschöpfend aufgegeben, da der gute Glaube auch ohne diese Ueberzeugung vorhanden sein kann Windscheid

Digitized by Google

Die neueren Definitionen scheiden sich in zwei Richtungen:

1. nach der einen Ansicht ist die bona fides negativ zu bestimmen als Nichtvorhandensein des unredlichen Bewußtseins [25];

2. nach der anderen Ansicht wird dabei die positive Ueberzeugung von der Berechtigung vorausgesetzt mit verschiedener Unterlage:

a. die eine Ansicht erklärt sie als Glauben an das Eigenthum und die Dispositionsbefugniß des Autors [26];

b. die andere Ansicht geht dahin, sie bestehe in der Ueberzeugung die Sache rechtmäßig erworben zu haben und demnach von der Befugniß sie sich anzueignen [27];

c. eine dritte Meinung geht dahin, die bona fides bestehe in der Ueberzeugung, daß man durch Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe [28].

---

§ 176, 6; Baron, Pandekten § 144, 9. 10. Auf dem älteren Standpunkt stehen Bayr. L.R. II. 4. 4 Nr. 3: bona fides d. i. die gute Meinung, nach welcher man die Sache nicht für fremd, sondern für die seinige hält; Sachsen B.G.B. § 166: Redlicher Besitzer einer Sache ist derjenige, welcher glaubt Eigenthümer derselben zu sein, und Oesterreich A.B.G.B. § 326: wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache die er besitzt für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer.

[25] So schon Savigny, System III. 372d; näher ausgeführt ist dieß Stintzing, bona fides 57 f. 123 f. und Scheurl, Beiträge II. 1. Dieser Definition schließen sich an Sintenis, C.R. § 51, 9; Förster Eccius P. P.R. § 163, 3, § 177, 42 und Erk. R.G. 8/7 1880 Entsch. II. 81. Näher präcisiren dieß Arndts § 160, Anm. 1 und Baron, Pandekten § 144 dahin, es sei die aus entschuldbarem Irrthum hervorgegangene Unkenntniß der Umstände, welche den Erwerb des Eigenthums verhindern. Mit Recht wird dagegen eingewendet, die bona fides setze nothwendig ein positives Element voraus Windscheid § 176, 3.

[26] Bangerow § 321 Anm. I. 1; Brinz, Pandekten (2) § 161, 1. Auf Grund des C. c. 2265. 2266 schließen sich für das französische Recht dieser Definition an Zachariä § 217, 16 und Aubry § 218, 24; andere wie Troplong II. 917—922 und Duranton XXI. 384 folgen in Anlehnung an C. c. Art. 550 der oben Note 25 ausgeführten negativen Definition.

[27] Wächter, Pandekten § 138, 23. Das Preußische Landrecht enthält keine Definition der bona fides. Indeß ist im Register unter „Besitz" gesagt: „Der Besitz ist redlich, wenn der Besitzer nach den ihm bekannten Thatsachen seinen Besitz für rechtmäßig halten mußte; sind ihm Thatsachen bekannt, woraus die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes folgt, so ist der Besitz unredlich Pr. L.R. I. 7. 12. 13." Die Auffassung der Redaktoren des A. L.R. scheint demnach mit der Definition von Wächter zusammenzutreffen.

[28] Schirmer, Z. f. C.R., XV. 214. 2; Windscheid § 176, 3.

Digitized by Google

Regelmäßig wird aber der gute Glaube sich darstellen als die Ueberzeugung, daß man die Sache rechtmäßig erworben habe, also Eigenthümer geworden sei [29].

Der Besitzer darf den Mangel seines Erwerbsaktes nicht kennen, muß sich also hinsichtlich desselben in einem Irrthum befinden [30], der indessen weder ein unentschuldbarer faktischer Irrthum [31] noch in der Regel ein Rechtsirrthum sein darf [32]. Der

---

[29] l. 38 D. 41. 3; Windscheid § 176, 4; Pagenstecher, Eigenthum II. 232.

[30] Vangerow § 321. I. 3; Förster Eccius § 177, 43. Nicht als böser Glaube ist es anzusehen, wenn der Ersitzende irrthümlich ein Hinderniß annimmt das wirklich nicht vorhanden ist l. 2 § 2 D. 41. 4; Windscheid § 177, 9; Sachsen B.G.B. § 269.

[31] l. 5 § 1 D. 41. 10. Gegen Stintzing, bona fides 66 f. der annimmt, daß auf Entschuldbarkeit des faktischen Irrthums nichts ankomme s. Scheurl, Beiträge II. 68; Schirmer, Z. XVI. 10. 1; Windscheid § 178, 1; Brinz, Pandekten (2) § 161, 13; damit übereinstimmend Sachsen B.G.B. § 267. Auch nach Pr. L.R. 1. 7. 13 wird entschuldbarer Irrthum vorausgesetzt, der im unentschuldbaren Irrthum sich Befindende wird dem unredlichen Besitzer gleichgeachtet Heydemann, Einleitung I. 338. 628; Förster Eccius § 163, 17; Dernburg, P. P.R. I. § 174, 3. Nach Oesterreich. A.B.G.B. § 326 ist der Irrthum in Thatsachen ohne Einfluß auf den guten Glauben Zrodlowski, Untersuchungen 3.

[32] Da wo er ausnahmsweise entschuldigt wird, schließt der Rechtsirrthum die ordentliche Ersitzung nicht aus Savigny, System III. 376; Unterholzner, V.L. § 117. II; Schmid, Handbuch § 14, 128; Windscheid § 178, 2; Arndts § 160, 4; Sintenis, C.R. § 51, 9; Regelsberger, A. f. Pr. R.W. IX. 190; Erk. Berlin 16/10 1872 Sf. XXVIII. 9 (Hessen); 4/3 1875 Sf. XXXIV. 96 (Hessen). Eine davon abweichende Meinung will auf Grund der Bestimmung l. 31 pr. D. 41. 3 bei Rechtsirrthum die ordentliche Ersitzung immer ausschließen Vangerow § 321. I. 3; Wächter, W. P.R. II. § 21, 18; Wächter, bona fides 18; Bruns, bona fides 122 entgegen der S. 57 geäußerten Meinung. Dagegen wird von vielen für die außerordentliche Ersitzung der Rechtsirrthum als indifferent angesehen vgl. unten § 251, 14. Nach Preußischem Recht ist es bestritten, ob der auf einem Rechtsirrthum beruhende (unrechtfertige) Besitz die ordentliche Ersitzung hindere. Dieß verneinen Plathner, Geist des Preußischen Rechts II. 266 und Erk. O.Tr. 24/11 1849 bei Koch, Commentar Note 55 zu Pr. L.R. I. 9. 579, und lassen also die ordentliche Ersitzung zu. Dagegen schließen diese aus und lassen nur die außerordentliche Ersitzung zu Erk. O.Tr. 20/11 1848 Entsch. XVI. 524; 14/1 1859 Striethorst XXXII. 134; Erk. München 2/12 1879 Bl. XLV. 1855; Förster Eccius § 177, 39. 116; Dernburg, P. P.R. I. § 174, 3. § 177, 6. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 326 ist der Rechtsirrthum ohne allen Einfluß auf die bona fides. Nach französischem Recht schließt der Rechtsirrthum insoweit er entschuldbar

Digitized by Google

gute Glaube muß während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein[33], sodaß durch mala fides superveniens die Ersitzung unterbrochen wird[34]. Dieß gilt nicht nach französischem Recht, nach welchem Vorhandensein des guten Glaubens nur bei Beginn der Ersitzungszeit vorausgesetzt wird[35]. Der gute Glaube wird bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet[36]. Es genügt daher, daß der Ersitzende Umstände nachweist, aus welchen sich auf seinen guten Glauben schließen läßt, während der Gegner den Nachweis liefern muß, wenn er das Nichtvorhandensein oder das Aufhören des guten Glaubens behauptet[37].

IV. Richtiger Titel[38]. Der Besitz muß um zur Er-

---

ist den guten Glauben nicht aus Zachariä § 217, 16; Aubry § 218, 29, und das Gleiche darf nach Sachsen B.G.B. § 267 vgl. mit § 97 angenommen werden.

[33] Nach römischem Recht genügte Vorhandensein des guten Glaubens zu Beginn der Ersitzungszeit, und es wurde die Ersitzung durch mala fides superveniens nicht unterbrochen l. 48 § 1 D. 41. 1; l. 43 pr. D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 105. Dagegen ist auf Grund der Bestimmung des kanonischen Rechts c. 20. X. 2. 26 nach heutigem gemeinem Recht guter Glaube während der ganzen Ersitzungszeit erforderlich Unterholzner, V.L. § 98; Windscheid § 177, 4; Bangerow § 321. Anm. 2. Damit stimmen auch unsere Landesrechte überein Bayr. L.R. II. 4. 7 Nr. 1; Pr. L.R. I. 9. 579; Sachsen B.G.B. § 265. Das Gleiche nimmt man auch nach Oesterreichischem Recht an Zrodlowski, Untersuchungen 14.

[34] Vgl. unten Note 91–94.

[35] C. c. Art. 2269; Zachariä § 217, 17.

[36] Es ist dieß die gemeine Meinung, die sich auf l. 30 Cod. 8. 45 stützt Schmid, Handbuch § 16, 37; Seuffert § 136, 11 und überwiegend in unserer Praxis angenommen ist Erk. Celle 12/9 1843 Sf. VII. 114; Wolfenbüttel 11/11 1842 Sf. VII. 152; Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 348; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; München 26/4 1873 Sf. XXXI. 187. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Oesterreich. A.B.G.B. § 328; Unger, Ö. P.R. § 130, 39.

[37] Arndts § 160 Anm. 5; Windscheid § 177 Nr. 4; Erk. Glückstadt 1855 Anz. 55, 310; Darmstadt 21/1 1851 Sf. X. 135. Auf diesem Standpunkt stehen auch unsere Landesrechte Bayr. L.R. II. 4. 7 Nr. 2; Pr. L.R. I. 7. 18 Förster Eccius § 177, 64; Sachsen B.G.B. § 188. 272 Schmid, Vorlesungen § 57. II. 2; Oesterreich A.B.G.B. § 328 Unger, Ö. P.R. § 130, 39; C. c. Art. 2268 Zachariä § 217, 16.

[38] Vgl. Fitting über das Wesen des Titels bei der Ersitzung A. f. C.Pr. LI. 1. 248; LII. 1. 239. 381; Schirmer, über bona fides und justus titulus Z. f. C.R. XVI. 1; Bernhöft, der Besitztitel im römischen Recht 1875.

Digitized by Google

sitzung zu führen auf einem Rechtsgrund beruhen, der die Erwerbung des Eigenthums herbeigeführt haben würde, wenn nicht ein durch die Ersitzung zu heilender Mangel entgegenstünde [39]. Der Titel muß so beschaffen sein, daß er überhaupt zur Eigenthumsverschaffung geeignet ist [40], und muß perfekt d. h. in der Art verwirklicht sein, daß ohne den vorhandenen Mangel das Eigenthum übergegangen wäre [41]. Der vorhandene Mangel über dessen Vorhandensein der Ersitzende sich in entschuldbarer Unkenntniß be-

---

[39] pr. Inst. 2. 6; l. 13 pr. D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 54; Sachsen B.G.B. § 268. Meinungsverschiedenheit herrscht über das Verhältniß des Titels zum guten Glauben. Nach der älteren Meinung ist der Titel nur Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens Möllenthiel, guter Glaube 24; Unterholzner, V.L. § 95; Savigny, System III. 371. Diese Meinung wird neuerdings vertreten von Windscheid § 178, 8. Ueberwiegend wird jetzt der Titel als der bona fides coordinirt angesehen Stintzing, bona fides 58 f.; Scheurl, Beiträge II. 54; Schirmer, Z. f. C.R. XVI. 2; Bangerow § 321, I. 1; Brinz, Pandekten (2) § 161, 8; Bruns, bona fides 100.

[40] l. 35 Cod. 7. 35; l. 1 § 2 D. 39. 5; Seuffert § 135, 3. 4; Sintenis, C.R. § 51, 53. Die Usukapionstitel sind so mannigfaltig als die Erwerbgründe des Eigenthums Arndts § 159 Anm. 3; Schmid, Handbuch § 14, 59. In den gemeinrechtlichen Quellen sind die einzelnen Titel aufgeführt, es ist dieß jedoch nicht als erschöpfend erklärt l. 3 § 21 D. 41. 2. Eine nähere Erörterung der einzelnen Titel s. bei Unterholzner, V.L. § 108—116; Fitting, A. f. C.Pr. LI. 12—35. 248—285. LII. 1—43. 239—282; Schmid, Handbuch § 14, 60—100; Windscheid § 179; Sintenis § 51, 52; Bangerow § 320; Förster Eccius § 177, 50. Die neueren Landesrechte zählen die einzelnen Titel nicht auf, sondern beschränken sich auf die Bestimmung, daß jeder zum Eigenthumserwerb geeignete Titel auch ein geeigneter Ersitzungstitel sei Bayr. L.R. II. 4. 6 Nr. 1; Pr. L.R. I. 9. 579; Sachsen B.G.B. § 268; Oesterreich A.B.G.B. § 1461; C. c. Art. 2265. Nicht als Ersitzungstitel erscheint das rechtskräftige Urtheil, weil dieses nicht einen neuen Erwerbsgrund schafft, sondern nur den vorhandenen zur Anerkennung bringt Unterholzner, V.L. § 116 S. 398; Bangerow § 320 Anm. 3; Windscheid § 179, 7; Unger, Ö. P.R. § 132, 10; A.M. Brinz, Pandekten (2) § 159, 25; Baron, Pandekten § 143, 15; Sintenis, C.R. § 51, 52. Der ersteren Meinung schließt sich für das Preußische Recht an Förster Eccius § 177, 50.

[41] „Die Erwerbsthatsache muß mit allen Erforderniſſen ihrer Giltigkeit wirklich vorhanden sein" Windscheid § 178, 4; Schmid, Handbuch § 14, 55; Sachsen B.G.B. § 268; C. c. Art. 2265. Pr. L.R. I. 9. 579 verlangt einen Titel der „an sich" zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist. Es ist dieß dahin auszulegen, daß der Titel als solcher existiren muß.

Digitized by Google

fand[42], kann in der Person des Autors[43] oder in der Form[44] begründet sein. Gemeinrechtlich wird regelmäßig das wirkliche Vorhandensein eines Titels vorausgesetzt (titulus verus)[45]; indessen wird die Ersitzung auch auf Grund eines vermeintlichen Titels (titulus putativus)[46] zugelassen, wenn der Besitzer gar keinen Titel hat, aber in entschuldbarem Irrthum einen solchen

---

[42] Vgl. oben Note 30—32.

[43] pr. Inst. 2. 6; l. 36 D. 41. 3; l. 5 § 1 D. 41. 10; Unterholzner, V.L. § 107, 407; Windscheid § 178, 3; Dernburg, P. P.R. I. § 174, 9. 10; Erk. O.Tr. 25/7 1846 Schlesisches Archiv VI. 461; Oesterreich A.B.G.B. § 1461; C. c. § 2265.

[44] l. 9 D. 41. 8; Seuffert, Pandekten § 135, 7; Erk. Celle 10/2 1870 Sf. XXIV. 11. Nach Pl. B. O.Tr. 15/2 1841 Entsch. VI. 410 muß der Titel nicht nur seinem materiellen Inhalt sondern auch der Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet sein. Es knüpft sich daran die Streitfrage, ob der Formfehler die Ersitzung überhaupt ganz ausschließe, wie Förster, P. P.R. § 177, 58 und Koch, Anm. 54 zu Pr. L.R. I. 9. 579 annehmen, oder nur dann, wenn der Formfehler das Rechtsgeschäft nichtig macht, während da, wo der Formfehler dem Rechtsgeschäft nur die Klagbarkeit entzieht, dieser, wenn die Voraussetzungen sonst vorliegen, der Möglichkeit der Ersitzung nicht entgegensteht Baron, Abhandlungen 125. Nach C. c. Art. 2267 schließt der Formfehler der Uebertragungsurkunde die ordentliche Ersitzung aus. Auch nach Bayrischem Recht ist bei formeller Ungültigkeit des Titels die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen in den Fällen, in welchen nach dem Notariatsgesetz für den Eigenthumserwerb Verbriefungszwang besteht Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 30; Erk. München 29/5 1876 Sammlg. VI. 24; 28/12 1878 Sammlg. VII. 272. A. M. Zink, Beilagenheft zum Not.Ges. S. 89.

[45] l. 4 Cod. 7. 29; Brinz, Pandekten (2) § 160, 2; Sintenis § 51, 54; Schmid, Handbuch § 14, 55. Ist ein zur Usukapion geeigneter Titel vorhanden, so ist es unschädlich, wenn der Ersitzende irrthümlich einen anderen nicht vorhandenen annimmt Schmid, Handbuch § 14, 56; Brinz, Pandekten (2) § 160, 11; Vangerow § 319 Anm.; Sachsen B.G.B. § 261.

[46] Es wird jetzt nicht mehr bestritten, daß gemeinrechtlich die ordentliche Ersitzung auch auf Grund eines Putativtitels erfolgen könne Vangerow § 319 Anm.; Windscheid § 178, 6; Sintenis, C.R. § 51, 59; Schmid, Handbuch § 14, 58; Baron, Pandekten § 143, 3. Ueber das Verhältniß von § 11 Inst. 2. 6, welches den Putativtitel nicht zuläßt, und l. 11 D. 14 4 das ihn zuläßt vgl. Brinz, Pandekten (2) § 160. Darnach ist die letztere Meinung von Justinian recipirt. Passend unterscheidet Wächter, Pandekten § 138 zwischen dem reinen Putativtitel, wenn gar kein Titel vorliegt und dem Putativtitel im weiteren Sinn, wenn ein ungültiger Titel vorliegt. Diese Unterscheidung findet sich schon bei Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 4. 6.

Digitized by Google

zu haben glaubt (reiner Putativtitel)[47], oder wenn er auf Grund eines nichtigen Titels besitzt, den er in entschuldbarem Irrthum für gültig hält (Putativtitel im weiteren Sinn)[48]. Dagegen ist die Zulässigkeit der Ersitzung auf Grund eines Putativtitels in unseren Landesrechten nicht anerkannt. Zweifellos ist dieß nach Sächsischem[49], Oesterreichischem[50] und Französischem Recht[51]; für das Preußische Recht ist es bestritten[52].

Das Vorhandensein des Ersitzungstitels hat derjenige, der sich darauf beruft nachzuweisen[53].

---

[47] Wächter, Pandekten § 138, 1a; Unterholzner, V.L. § 103; Baron, Pandekten § 143, 4; Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 4. 6; Erk. Darmstadt 21/2 1852 Sf. IX. 265; 11/12 1866 Sf. XXII. 16; Berlin 16/10 1872 Sf. XXVIII. 9.

[48] Wächter, Pandekten § 138, 13; Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 4. 6; Erk. Stuttgart 8/11 1844 Sf. II. 138; Berlin 18/11 1876 F. M. VII. 105 (Nassau). Hieher gehören die Fälle, in welchen der Titel nichtig ist, weil dem Autor die Veräußerungsfähigkeit fehlt s. Fitting, A. f. C.Pr. LI. 275, der sich mit Recht gegen die Meinung erklärt, daß in einem solchen Fall ein wirklicher nicht ein Putativtitel vorliege.

[49] Die Zulässigkeit eines Putativtitels erscheint als durch B.G.B. § 268 ausgeschlossen Schmid, Vorlesungen I. 206; Siebenhaar, P.R. 325, 1.

[50] Die Ersitzung auf Grund eines Putativtitels erscheint als durch die Bestimmung des A.B.G.B. § 1461 ausgeschlossen Kirchstetter, Commentar 682, 2, 692, 1; Zrodlowski, Untersuchungen 35.

[51] Die Bestimmung des C. c. Art. 2265 läßt die ordentliche Ersitzung auf Grund eines Putativtitels nicht zu Zachariä § 207, 4; Aubry § 218, 19.

[52] Für die Zulässigkeit erklären sich: Baron, Abhandlungen 122; Gruchot VII. 616; Dernburg, P. P.R. I. § 174, 13; gegen die Zulässigkeit Arndts in Ulrich Archiv III. 310.[illegible]8; Bornemann, System II. 98; Förster Eccius § 177, 62; Koch, Note 54 zu Pr. L.R. I. 9. 579. In Erk. O.Tr. 25/1 1864 Striethorst, A. LII. 217 ist die Zulässigkeit der Ersitzung auf Grund eines Putativtitels für das Preußische Recht ausdrücklich verneint. Eine Ausnahme nimmt Förster Eccius § 177, 50 nur bei dem titulus pro herede an, indem der Erbe die Ersitzung der im Nachlaß befindlichen fremden Sachen beginnen kann, Pr. L.R. I. 9. 617, also auf Grund eines Putativtitels ersitzt.

[53] Arndts § 159; Bayr. L.R. II. 4. 6 Nr. 3. Dieß muß auch für das gemeine sächsische Recht angenommen werden. Nicht bestritten ist dieß hinsichtlich der Ersitzung von Mobilien von Jahr und Tag Curtius, P.R. § 557 b; Haubold, P.R. § 185 b; Unterholzner, V.L. § 23, 98; Heimbach, R.L. 328, 205; Bölcker, P.R. § 115, 2; Gengler, P.R. § 61 Nr. 1; Hillebrand, P.R. § 48, 2; Erk. Glückstadt 29/3 1855 Anz. 55, 307. Dagegen sind hinsichtlich der Immobilien die Meinungen getheilt. Für das Erforderniß des justus titulus spricht sich schon

Digitized by Google

V. Lauf der Ersitzung. Zur Vollendung der Ersitzung ist es erforderlich, daß der Besitz in der gesetzlich bestimmten Ersitzungszeit ununterbrochen fort gedauert habe; es darf weder ein Stillstand noch eine Unterbrechung der Ersitzung eingetreten sein. Durch Stillstand wird die Dauer der Ersitzung verlängert, durch Unterbrechung wird die Wirkung der Ersitzung ganz beseitigt. Die Ersitzungszeit wird von Tag zu Tag berechnet, und wird mit Anbruch des letzten Tags vollendet[54]. Für die Berechnung gelten folgende Grundsätze:

1. Die Ersitzung beginnt mit der Besitzergreifung[55], insoferne nicht eine Hinderungsursache vorliegt, welche dem Beginn

---

die deutsche Glosse zu Ssp. I. 29: „Zum andermal soll er haben seiner Gewere eine redliche Sache, d. i. er soll es gekauft haben oder es soll ihm angeerbt sein" aus, ebenso Neue sächsische Decisionen von 1746 Nr. 1 bei Gengler, Lehrbuch 225, ebenso Bauer de Saxonica usucapione Op. I. 312; Haubold, P.R. § 185 c; Curtius, P.R. § 537 c; Sachse, P.R. § 280; Hesse, P.R. § 225; Kori, Theorie der Verjährung 1811 § 71, 348; Mittermair, P.R. § 164, 7; Gengler, Lehrbuch 225 und P.R. § 44, 9; Hillebrand, P.R. § 48, 7. Dagegen hält den Nachweis des Titels nicht für erforderlich die lateinische Glosse zu Ssp. I. 29 »non curamus de titulo aut bona fide praescribentis«, und es wurde daher schon frühzeitig angenommen, daß bei der 31jährigen Ersitzung des sächsischen Rechts der justus titulus präsumirt werde Heig Quaest. I. Nr. 56; Carpzov P. II. 3 def. 7 resp. I. 66 Nr. 5. 6; 84 Nr. 15; Hommel, Quaest. Obs. 108; Schott, Inst. Jur. Saxon. p. 157; Hartmann in Falck, Landrechtliche Erörterungen I. 498; Steinacker, de vi et indole praescriptionis rerum immobilium 1837; Heimbach, Lehrbuch § 185, 4; Wächter, bona fides 5. Diese Ansicht ist in Erk. O.A.G. Dresden 6/8 1836 G. S. 270 als Präjudiz ausgesprochen, und ist auch von dem O.A.G. Jena Bl. f. Thür. IX. 220 recipirt. Hiernach würde das gemeine Sächsische Recht für Immobilien nur die außerordentliche Ersitzung anerkennen. Ich halte die erstere Meinung, wonach die 31jährige Ersitzung des Sächsischen Rechts die Natur der ordentlichen Ersitzung hat für die richtige da wie unten angeführt daneben eine außerordentliche Ersitzung für Mobilien sowohl als für Immobilien sich findet vgl. unten § 251, 17—20.

[54] l. 15 pr. D. 44. 3; Unterholzner, V.L. § 90; Schmid, Handbuch § 14, 146; Bayr. L.R. II. 4. 8 Nr. 5. Dieß gilt ebenso nach Pr. L.R. I. 3. 46 Förster Eccius § 177, 82. Dagegen vollendet sich die Ersitzung erst mit Ablauf des letzten Tags der Ersitzungszeit nach Sachsen B.G.B. § 87; Oesterreich A.B.G.B. § 1465 Unger, Ö. P.R. § 106, 32; C. c. Art. 2261 Zachariä § 212, 1.

[55] Schmid, Handbuch § 14 S. 243; Baron, Pandekten § 142, 4; Lang, Sachenrecht § 41, 1; Förster Eccius § 177, 64.

Digitized by Google

der ordentlichen Ersitzung entgegensteht, so daß sie erst mit Beseitigung desselben beginnen kann. Solche Hindernisse sind gegeben

a. gemeinrechtlich für Sachen der impuberes bis zu erreichter Mündigkeit[56], für die ordentlichen Adventitien der Hauskinder und die Bestandtheile der lucra nuptialia während der Dauer der väterlichen Gewalt[57], für verbaute fremde Baumaterialien solange die Verbindung dauert[58], für Dotalgrundstücke, solange das Rückforderungsrecht der Frau nicht entstanden ist[59], nach Bayrischem Landrecht für Sachen der Minderjährigen bis zu ihrer Großjährigkeit[60], und nach den Bestimmungen des canonischen Rechts während der Zeit eines feindlichen Einfalls[61].

b. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. ist der Beginn der Ersitzung ausgeschlossen, solange der Eigenthümer gegen den ersessen werden soll in einer Lage ist, in welcher gegen ihn keine Verjährung der Eigenthumsklage läuft[62], daher zwischen Ehegatten während der Ehe, zwischen Vormündern und Pflegebefohlenen, zwischen dem leiblichen Vater und dem leiblichen Kind, zwischen dem an Kindesstatt Angenommenen und dem Annehmenden, dann bei Hinderung der gerichtlichen Verfolgung durch höhere Gewalt oder Stillstand der Rechtspflege, und gegen nicht vertretene kuratelmäßige Personen[63].

c. Nach Preußischem Landrecht ist der Beginn der Ersitzung ausgeschlossen durch alle Umstände, welche dem Beginn der Verjährung entgegenstehen, also gegen denjenigen, der sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen gehindert ist, zwischen Eheleuten, zwischen Vater und Hauskind, zu Gunsten des Vormunds gegen den Pflegebefohlenen und zu Gunsten des unvollständigen Besitzers gegen den Eigenthümer, dann bei Versagung des rechtlichen Ge-

---

[56] Vgl. oben § 249, 24.
[57] Vgl. oben § 249, 25.
[58] Vgl. oben § 249, 27.
[59] Vgl. oben Note 14.
[60] Vgl. oben § 249, 24.
[61] C. 13. 14 C. 16 qu. 3; c. 10 x. 2. 26; Schmid, Handbuch § 14, 205; Bangerow § 323 Anm. 2. 3.
[62] Sachsen B.G.B. § 154.
[63] Sachsen B.G.B. § 154.

Digitized by Google

hörs [64]. Ebenso kann die Ersitzung gegen nicht vertretene kuratelmäßige Personen nicht anfangen [65].

d. Nach Oesterreichischem Recht ist der Beginn der Ersitzung ausgeschlossen gegen nicht vertretene kuratelmäßige Personen solange dieser Zustand dauert, zwischen Ehegatten, zwischen Kindern oder Pflegebefohlenen und ihren Eltern oder Vormündern, gegen denjenigen, der in Civil- oder Kriegsdiensten abwesend ist, und während des gänzlichen Stillstands der Rechtspflege [66].

e. Nach französischem Recht ist der Beginn der ordentlichen Ersitzung ausgeschlossen gegen Minderjährige und Entmündigte [67], unter Ehegatten [68], während der Ehe gegen die Ehefrau wegen eines in bewidmeter Ehe zum Heirathgut gegebenen und nachher veräußerten Grundstücks [69], nicht aber wegen Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung [70].

2. Die Ersitzung muß während der ganzen Ersitzungszeit im Lauf gewesen, es darf kein Stillstand darin eingetreten sein. Es liegt das letztere vor

a. gemeinrechtlich, wenn die Sache nach begonnener Ersitzung in die Hand einer Person gelangt, gegen welche die ordentliche Ersitzung nicht läuft [71], und wenn Umstände eintreten, welche den

---

[64] Pr. L.R. I. 9. 590 vgl. mit I. 9. 512. 516. 524. 526. 528. 530; Heydemann, Einleitung II. 144; Förster Eccius § 177, 71.

[65] Pr. L.R. I. 9. 595; Förster Eccius § 177, 71. Dieß gilt nicht für vertretene kuratelmäßige Personen, bei welchen der Beginn der Verjährung zwar ausgeschlossen Pr. L.R. I. 9. 535. 540. 541, dagegen der Beginn der Ersitzung ausdrücklich zugelassen ist Pr. L.R. I. 9. 593; Förster Eccius § 177, 71.

[66] Oesterreich A.B.G.B. § 1494. 1496; Zrodlowski 108. 126; Unger Ö. P.R. § 121 b.

[67] C. c. Art. 2252; Zachariä § 211, 7; Aubry § 214, 3.

[68] C. c. Art. 2253; Zachariä § 211, 13; Aubry § 214, 19.

[69] C. c. Art. 2255; Zachariä § 211, 14; Aubry § 214, 11.

[70] In C. c. Art. 2251—2259 sind die Gründe, welche den Stillstand der Ersitzung und Verjährung bewirken, festgesetzt. Dagegen ist die Meinung, daß auch nach französischem Recht Hindernisse der Rechtsverfolgung einen Stillstand der Ersitzung herbeiführen (agere non valenti non currit praescriptio) in dem Gesetz nicht begründet und daher gegen Zachariä § 215, 3 und Troplong II. 727 mit Recht verworfen von Puchelt, Note b zu Zachariä § 211 und Note zu Zachariä § 214 und Aubry § 214, 1. 33.

[71] Schmid, Handbuch § 14, 198; Vangerow § 323 Anm. 2 Nr. 1; Seuf-

Digitized by Google

Eigenthümer an der Verfolgung seines Anspruchs hindern [72].

b. Nach Preußischem Landrecht wird die begonnene Ersitzung nur durch Versagung des rechtlichen Gehörs zum Stillstand gebracht, nicht aber durch die anderen dem Beginn der Ersitzung entgegenstehenden Hindernisse [73]. Jedoch kann, wenn die Ersitzungsfrist vor Hebung des Hindernisses abgelaufen ist, der Betroffene innerhalb vier Jahren von Zeit des gehobenen Hindernisses an Restitution nachsuchen [74]. Die gleiche Rechtswohlthat kommt den Minderjährigen und anderen kuratelmäßigen Personen zu, wenn die Ersitzungszeit abläuft, ehe die Veranlassung zur Vormundschaftsbestellung gehoben ist [75].

c. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. bewirken die Umstände, welche dem Beginn der Ersitzung entgegenstehen, einen Stillstand der begonnenen Ersitzung [76], der Mangel gesetzlicher Vertretung kuratelmäßiger Personen jedoch nur, wenn dieselbe in das letzte Jahr der Ersitzung fällt [77].

---

fert § 139, 4; Wächter, Pandekten § 140, 18. Es sind dieß die Fälle, in welchen aus subjektiven Gründen die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist vgl. oben Note 4. 5. 6. 9.

[72] Schmid, Handbuch § 14, 202; Bangerow § 323 Anm. 2. 2; Seuffert § 139, 3. Es sind dieß die oben Note 56 f. aufgeführten Umstände, welche dem Beginn der Ersitzung entgegenstehen und die, wenn sie nach Beginn der Ersitzung eintreten, einen Stillstand derselben bewirken. Eine Ausnahme ist nur für Dotalsachen gegeben, indem nach ausdrücklicher Bestimmung in l. 16 D. 23. 5 dadurch, daß eine Sache zur Dosbestellung verwendet wird, die begonnene Ersitzung nicht zum Stillstand gebracht wird Schmid, Handbuch § 14, 201; Bangerow § 317. B. 3; Erk. Darmstadt 6/1 1855 A. f. Pr. R.W. V. 146. Der gleiche Grundsatz gilt nach französischem Recht unten Note 80.

[73] Pr. L.R. I. 9. 528—530. Nach Preußischem Landrecht bewirken die oben Note 59. 60 aufgeführten Gründe, welche dem Beginn der Verjährung oder Ersitzung entgegenstehen, nicht einen Stillstand der begonnenen Ersitzung oder Verjährung mit Ausnahme nur der Versagung des rechtlichen Gehörs Förster Eccius § 46, 38. 54. Dieß gilt auch für nicht vertretene kuratelmäßige Personen, gegen welche die Ersitzung zwar nicht beginnen kann oben Note 60, denen gegenüber aber die begonnene Ersitzung nicht still steht Erk. O.Tr. 15/8 1846 Entsch. XV. 119. Gegen vertretene kuratelmäßige Personen wird weder Beginn noch Lauf der Ersitzung gehindert Pr. L.R. I. 9. 593.

[74] Pr. L.R. I. 9. 531.

[75] Pr. L.R. I. 9. 594.

[76] Sachsen B.G.B. § 273 f. oben Note 62.

[77] Sachsen B.G.B. § 154.

Digitized by Google

d. Nach Oesterreichischem Recht bewirken die Umstände, welche dem Beginn der Ersitzung entgegenstehen, einen Stillstand derselben [78] mit Ausnahme des Mangels gesetzlicher Vertretung curatelmäßiger Personen, welcher dem Lauf der begonnenen Ersitzung nicht entgegensteht, wobei jedoch die Ersitzung nie früher als binnen zwei Jahren nach gehobenem Hinderniß vollendet werden kann [79].

e. Nach französischem Recht steht die begonnene Ersitzung still gegen Minderjährige und Mundtodte und unter Ehegatten, nicht aber für Dotalgrundstücke [80].

Der Stillstand der Ersitzung dauert so lange, bis das Hinderniß das ihn veranlaßte gehoben ist. Mit Beseitigung desselben wird die begonnene Ersitzung unter Hinzurechnung der schon vollendeten Ersitzungszeit fortgesetzt [81].

3. Die Ersitzung darf während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit nicht unterbrochen sein. Die Unterbrechung kann eine natürliche (usurpatio naturalis) oder eine bürgerliche durch Klageerhebung von Seite des Gegners (usurpatio civilis) sein.

A. Natürliche Unterbrechung. Diese kann eintreten:

a. durch Besitzverlust. Gemeinrechtlich wird die Ersitzung unterbrochen, wenn der Besitzer in irgend einer Weise den Besitz verliert [82], oder den Besitzwillen aufgibt [83]. Dieß gilt auch nach Sächsischem [84] und Oesterreichischem Recht [85]. Nach französischem

[78] Oesterreich A.B.G.B. § 1495. 1496; vgl. oben Note 66.

[79] Oesterreich A.B.G.B. § 1494.

[80] C. c. Art. 2252. 2253 oben Note 68. 69. Durch Bestellung eines Grundstücks zur Dos wird die begonnene Ersitzung nicht zum Stillstand gebracht C. c. Art. 1561, wie dieß ebenso nach gemeinem Recht der Fall ist oben Note 72.

[81] Windscheid § 109, 1; § 181, 1; Schmid, Handbuch § 14, 12; Seuffert § 139, 3; Aubry § 214, 38.

[82] l. 2. 5. 15 pr. § 2 D. 44. 3; Schmid, Handbuch § 14, 179; Windscheid § 180, 6; Sintenis, C.R. § 51, 11; Lang, Sachenrecht § 41, 21. Dieß wird auch nicht dadurch rückgängig gemacht, daß der Entsetzte durch richterliches Erkenntniß in den Besitz wieder eingesetzt wird Erk. Cassel 1848 A. f. Pr. R.W. III. 49. Ueber die Frage, ob durch Verbindung einer Sache mit einer andern die Ersitzung unterbrochen werde vgl. Windscheid § 152, 6; Unterholzner, V.L. § 49 Nr. 2. Note.

[83] l. 8 pr. D. 41. 4; Schmid, Handbuch § 14, 180.

[84] Sachsen B.G.B. § 274, dann § 211. 213.

[85] Oesterreich A.B.G.B. § 1460 bestimmt: „Zur Ersitzung .... wird er-

Digitized by Google

Recht tritt Unterbrechung der Ersitzung durch Besitzverlust nur ein, wenn die Besitzentziehung über ein Jahr lang gedauert hat[86]. Nach Preußischem Recht tritt Unterbrechung der Ersitzung mit Unterbrechung des Besitzes ein[87]. Diese erfolgt aber nicht mit Verlust der Gewahrsam[88], sondern erst wenn es dem Besitzer unmöglich geworden ist die verlorene Gewahrsam wieder zu erhalten[89] und bei Dereliktion[90]

b. durch mala fides superveniens. Gemeinrechtlich tritt den Grundsätzen des kanonischen Rechts entsprechend mit Eintritt bösen Glaubens auf Seite des Ersitzenden Unterbrechung der Ersitzung ein[91]. Damit stimmen das Sächsische[92] Oesterreichische[93] und

---

fordert, daß jemand die Sache oder das Recht die auf diese Weise erworben werden sollen wirklich besitze; daß sein Besitz rechtmäßig redlich und echt sei, und durch die ganze von dem Gesetz bestimmte Zeit fortgesetzt werde". Daß für den Rechtsbesitz Besitzverlust nicht eintritt, wenn der Besitzer die Besitzklage einreicht, was nach neuerem Recht innerhalb 30 Tagen nach der Besitzentsetzung geschehen muß oben § 230, 164 ist in Oesterreich A.B.G.B. § 351 ausgesprochen, und es ist demnach unbestritten, daß die Ersitzung von Rechten durch Besitzentsetzung nicht unterbrochen wird, wenn der Besitzer mit der in der erwähnten Frist eingereichten Klage durchgedrungen ist. Dagegen ist es bestritten, ob dieß auch auf den Sachbesitz Anwendung finde wie Zrodlowski, Untersuchungen 53—65 behauptet, oder ob bei diesem jeder Besitzverlust die Ersitzung unterbreche wie Randa, Besitz S. 380 ausführt. Die letztere Meinung scheint mir aus dem von Randa angeführten Grund, daß die Bestimmung des A.B.G.B. § 351 eine Singularität enthalte, die auf den Sachbesitz nicht ausgedehnt werden dürfe, den Vorzug zu verdienen.

[86] C. c. Art. 2243 Zachariä § 213, 5. Es ist dabei gleichgültig, ob der Ersitzende innerhalb Jahresfrist durch Klagestellung oder in anderer Weise den Besitz wieder erlangt hat Zachariä § 213, 5. 6. Jedenfalls bewirkt Besitzverlust, der innerhalb Jahresfrist wieder gehoben ist, keine Unterbrechung der Ersitzung.

[87] Pr. L.R. I. 9. 601.

[88] Pr. L.R. I. 7. 112.

[89] Pr. L.R. I. 7. 116 vgl. oben 227, 102.

[90] Pr. L.R. I. 7. 117 vgl. oben § 228, 7. Hat der Besitzer die derelinquirte Sache wieder ergriffen, ehe sie von einem anderen in Besitz genommen wurde, so wird die Zwischenzeit, in welcher die Sache in Niemands Besitz gewesen ist, von der Verjährungsfrist nicht abgerechnet Pr. L.R. I. 9. 602 Förster Eccius § 177, 87.

[91] Schmid, Handbuch § 14, 190; Bangerow § 323 I. 2; Sintenis, C.R. § 51, 12; Wächter, Pandekten § 140, 3.

[92] Sachsen B.G.B. § 267.

Digitized by Google

Preußische Recht[94] überein. Nach französischem Recht wird durch mala fides superveniens die Ersitzung nicht unterbrochen[95].

B. Bürgerliche Unterbrechung. Diese erfolgt:

a. durch Klageerhebung. Es ist gemeinrechtlich bestritten, ob durch Klageerhebung die Ersitzung unterbrochen werde. Die eine Ansicht geht dahin, daß eine Unterbrechung nicht eintrete, die später vollendete Ersitzung jedoch dem siegenden Kläger gegenüber nichts fruchte[96]. Die andere Ansicht dagegen läßt die Unterbrechung der Ersitzung mit der Klageerhebung eintreten[97]. Die letztere Ansicht ist in unseren Landesrechten aufgenommen[98]. Ge-

---

[93] Für das Oesterreichische Recht folgert dieß Zrodlowsky, Untersuchungen 15 aus den Bestimmungen des A.B.G.B. § 326 und 1493.

[94] Pr. L.R. I. 9. 579; Förster Eccius § 177, 41. Dieß ist namentlich entscheidend für die Wirkung außergerichtlicher Handlungen, welche die Ersitzung nur unterbrechen, wenn der Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführt wird Pr. L.R. I. 9. 611; Förster Eccius § 177, 97.

[95] C. c. Art. 2269 vgl. oben Note 35.

[96] Dieß galt nach römischem Recht zweifellos für die usucapio l. 12. l. 17—21 D. 6. 1; l. 2 § 21 D. 41. 4; ob auch für die longi temporis praescriptio ist bestritten s. Arndts § 163 Anm. 2; Windscheid § 180, 7. Für die Anwendung der für die usucapio geltenden Regeln auf die Ersitzung in dem jetzt geltenden Recht sprechen sich aus Savigny, System VI. 55; Vangerow § 160. II; Arndts § 163 Anm. 2 § 163, 10; Unger, Ö. P.R. § 121, 40a; Baron § 146, 5; Seuffert § 139, 6; Holzschuher, Theorie § 107 Nr. 20, indem sie annehmen, daß im justinianischen Recht die für die Usukapion geltenden Grundsätze auf die longi temporis praescriptio ausgedehnt worden seien; andere kommen zu demselben Resultat, indem sie von der Voraussetzung ausgehen, daß auch bei der longi temporis praescriptio die oben für die usucapio als geltend aufgeführten Grundsätze zur Anwendung gekommen seien Brinz, Pandekten (2) § 163, 10.

[97] Es wird dieß darauf zurückgeführt, daß durch l. 2 Cod. 7. 40 hinsichtlich der Unterbrechung durch Klagestellung die Ersitzung jeder anderen Verjährung gleichgestellt sei Wächter, Erörterungen III. 99 und Pandekten § 140, 10; Stephan, A. f. C.Pr. XXXIV. 189; Windscheid § 180, 7. Das Gleiche nimmt Sintenis, C.R. § 51, 12 an, weil der Ersitzende durch Klagestellung in mala fides versetzt werde, eine Auffassung, die sich im Bayrischen und Preußischen Recht wieder findet unten Note 98.

[98] Nach Bayern G.O. 1753 IX. Nr. 2 wird durch Zustellung der Klage der Citirte in mala fides versetzt die Ersitzung also unterbrochen. Diese Bestimmung als dem Civilrecht angehörend, ist durch A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 81 in ihrem Bestand erhalten. Nach Pr. L.R. I. 9. 603. 607 wird die Ersitzung durch Behändigung der Klage unterbrochen, was dadurch moti-

Digitized by Google

meinrechtlich[99] und nach Oesterreichischem Recht[100] muß die Klage vor dem competenten Gericht gestellt sein; nach gemeinem Sachsenrecht[101] und französischem Recht[102] wird die Ersitzung auch durch Klagestellung vor dem incompetenten Richter unterbrochen. Nach Preußischem Landrecht[103] und Sächsischem Recht[104] hat die Klagestellung vor dem incompetenten Richter die Wirkung der Unterbrechung dann, wenn sie innerhalb eines bestimmten Termins nach der Zurückweisung bei dem competenten Gericht angestellt wird. Die Unterbrechung tritt nach der D. C.Pr.O. mit Erhebung der Klage[105] nach Oesterreichischem Recht mit Anstellung der Klage ein[106]. Durch Zurücknahme der Klage wird die Unterbrechung der Ersitzung wieder beseitigt[107]. Durch Abweisung der

---

virt wird, daß der Beklagte durch Mittheilung der Klagschrift in mala fides versetzt werde Pr. L.R. I. 7. 222; Dernburg, P. P.R. I. § 176, 8; Förster Eccius § 163, 21; § 177, 91. Nach Sachsen B.G.B. § 274 wird die Ersitzung mit der Benachrichtigung des Besitzers von der Klage unterbrochen. Nach C. c. Art. 2244. 2245 wird die Ersitzung durch Vorladung zum Gericht unterbrochen Zachariä § 213, 6a. Nach der D. C.Pr.O. § 239 ist jetzt die Klageerhebung entscheidend vgl. oben § 87, 99 und unten Note 105. Nach Oesterreichischem Recht wird die Ersitzung durch Anstellung der Klage unterbrochen A.B.G.B. § 1497; Unger, Ö. P.R. § 121, 25.

[99] l. 7 Cod. 7. 21; Windscheid § 108, 6; Erk. Celle 3/6 1856 Sf. XI. 7; Wolfenbüttel 25/6 1872 Sf. XXVIII. 88.

[100] Unger, Ö. P.R. § 121, 27.

[101] Haubold, P.R. § 373d.

[102] C. c. Art. 2246.

[103] Pr. L.R. I. 9. 552. 610. Hiernach muß die Klage innerhalb eines Jahres nach erfolgter Zurückweisung vor dem competenten Richter gestellt werden Förster Eccius § 57, 61.

[104] Nach Sachsen B.G.B. § 166 bleibt die Unterbrechung erhalten, wenn die Klage binnen 3 Monaten von der Zurückweisung an vor dem competenten Richter angestellt ist.

[105] D. C.P.O. § 239. Dieser Termin ist an die Stelle der oben Note 98 aufgeführten Bestimmungen der Landesrechte getreten, die soweit sie nicht damit übereinstimmen dadurch aufgehoben sind Förster Eccius P. P.R. § 177, 92. Die Klageerhebung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes D. C.Pr.O. § 230, im amtsgerichtlichen Verfahren auch durch Zustellung des die Klage enthaltenden Protokolls oder durch mündlichen Vortrag in Anwesenheit des Gegners D. C.Pr.O. § 460. 461. 471.

[106] Diese erfolgt durch Erklärung zu Protokoll oder Einreichung der Klageschrift Unger, Ö. P.R. § 121, 25.

[107] In D. C.Pr.O. § 243 ist ausgesprochen, daß Zurücknahme der Klage

Digitized by Google

Klage in der angebrachten Art wird nach Oesterreichischem [108] und Französischem Recht [109] die Unterbrechung wieder aufgehoben, nicht aber gemeinrechtlich [110] und nach Preußischem Recht [111]. Nach Sächsischem Recht wird durch Abweisung der Klage in der angebrachten Art die Unterbrechung nicht rückgängig gemacht, wenn der Kläger innerhalb dreier Monate von der Zurückweisung an die Klage wiederholt stellt [112]. Bei definitiver Abweisung cessirt die Wirkung der Unterbrechung [113].

b. Durch Protestation. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem Recht kann, wenn die Klageerhebung nicht möglich ist, dieselbe durch gerichtliche Protestation ersetzt werden [114]. Nach Preußischem Landrecht kann gerichtliche Protestation nach der Wahl des Klägers die Klageerhebung ersetzen [115]. Nach Bayrischem Landrecht genügt zur Unterbrechung jede außergerichtliche Interpellation [116], nach Preußischem Landrecht jede außergerichtliche Handlung die den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführt [117].

---

zur Folge habe, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei, was sich auch auf die materiellrechtlichen Wirkungen namentlich die Unterbrechung der Ersitzung erstreckt Gaupp, Commentar III. 56; dieß ist auch für das Preußische Recht maßgebend Förster Eccius § 57, 63 § 177, 95. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreichischem Recht Unger, Ö. P.R. § 121, 32.

[108] Oesterreich A.B.G.B. § 1497; Unger, Ö. P.R. § 121, 28.

[109] C. c. Art. 2247; Zachariä § 213, 16.

[110] Dieß nehmen auf Grund der l. 3 Cod. 7. 40 an Unterholzner, B.L. § 125. II. 4; Sintenis, C.R. § 51, 33; Erk. Darmstadt 21/1 1852 Sf. IX. 250; Cassel 16/10 1863 Sf. XX. 101.

[111] Pr. L.R. I. 9. 607; Dernburg, P. P.R. I. § 176, 14.

[112] Sachsen B.G.B. § 166.

[113] Der Ersitzende braucht sich auf die Ersitzung gar nicht zu berufen, da ihm gegen die Ansprüche des Klägers die exceptio rei judicatae zusteht Unterholzner, B.L. § 125. II. 2; Unger, Ö. P.R. § 121, 29. 30; Zachariä § 213, 16.

[114] l. 2 Cod. 7. 40; Windscheid § 181, 7; Unterholzner, B.L. § 129; Schmid, Handbuch § 14, 196; Sintenis, C.R. § 51, 13; Sachsen B.G.B. § 275. Nach der D. C.Pr.O. § 186 kann die Zustellung auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen.

[115] Pr. L.R. I. 9. 608. Diese bewirkt Unterbrechung der Ersitzung nur wenn darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt ist Förster Eccius § 177, 93; Dernburg, P. P.R. I. § 176, 9. 10.

[116] Bayr. L.R. II. 4. 11; Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 71.

[117] Pr. L.R. I. 9. 611; Förster Eccius § 177, 97.

Digitized by Google

Das Oesterreichische [118] und Französische Recht erkennen dieß nicht an.

c. Durch Anerkennung. Nach Sächsischem Oesterreichischem und Französischem Recht wird die Ersitzung durch Anerkennung des Rechts des Eigenthümers von Seite des Besitzers unterbrochen [119].

Durch Unterbrechung der Ersitzung wird die Wirkung der bisher verlaufenen Ersitzungszeit beseitigt, und es muß, wenn sie erfolgen soll, die Ersitzung von Neuem beginnen [120].

4. Zusammenrechnung des Besitzes (accessio possessionis) [121]. Der spätere redliche Besitzer darf die von einem früheren Besitzer begonnene Ersitzung fortsetzen, in der Art, daß die Zeit seines eigenen Besitzes mit der Ersitzungszeit seines Rechtsvorgängers zusammengerechnet wird. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

a. Bei Universalsuccession setzt der Erbe, wenn der Erblasser im Ersitzungsbesitz war [122], diesen fort wenn er selbst in gutem Glauben ist [123]. Dabei wird auch, insoferne während derselben nicht ein anderer die Sache besessen hat, die Zeit der ruhenden Erbschaft in Anschlag gebracht [124]. Gemeinrechtlich kann die Er-

[118] Unger, Ö. P.R. § 121, 31.

[119] Sachsen B.G.B. § 162; Oesterreich A.B.G.B. § 1497; C. c. Art. 2247 Zachariä § 213, 20. Man wird dieß auch gemeinrechtlich und nach Preußischem Recht annehmen dürfen, insoferne dadurch die mala fides superveniens constatirt wird Dernburg, P. P.R. I. § 176 Nr. 2.

[120] Schmid, Handbuch § 14, 176; Bayr. L.R. II. 4. 11; Sachsen B.G.B. § 274.

[121] Vgl. Denzinger, die accessio possessionis 1842; Wächter, Pandekten § 138 Beilage; Bangerow § 322 Anm. 2.

[122] Schmid, Handbuch § 14, 151; Wächter, Pandekten § 138 Beilage B. 5; Bayr. L.R. II. 4. 10 Nr. 2; Pr. L.R. I. 9. 613; Erk. O.Tr. 25/5. 1852 Entsch. XXIII. 69; Sachsen B.G.B. § 264; Oesterreich A.B.G.B. § 1493; C. c. Art. 2235 Aubry § 181, 11.

[123] Nach römischem Recht war guter Glaube des Erben nicht erforderlich l. 43 pr. D. 41. 3; nach dem jetzt geltenden gemeinen Recht dagegen bildet dieser auf Grund der Bestimmungen des kanonischen Rechts oben Note 33 die Voraussetzung Wächter, Pandekten § 138 Beilage B. 5. Das Gleiche gilt nach unseren Landesrechten Pr. L.R. I. 9. 613; Sachsen B.G.B. § 264; Oesterreich A.B.G.B. § 1493; Baden L.R. Art. 2269a. Dagegen wird nach französischem Recht guter Glaube des Erben nicht für erforderlich gehalten Aubry § 218, 35.

[124] l. 31 § 5 D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 153; Sachsen B.G.B.

Digitized by Google

sitzung selbst während der Zeit der ruhenden Erbschaft für den Erben vollendet werden [125]. War der Erblasser in bösem Glauben, so kann gemeinrechtlich der Erbe, auch wenn er selbst in gutem Glauben ist, die Ersitzung nicht beginnen [126], was jedoch in unseren Landesrechten nicht anerkannt ist [127].

b. Bei Singularsuccession wird dem gutgläubigen Singularsuccessor der Ersitzungsbesitz seines Vorgängers zugerechnet [128], wobei jedoch gemeinrechtlich die Erwerbung auf Grund eines wirklichen Titels vorausgesetzt wird, ein Putativtitel daher nicht genügt [129].

VI. Zeitdauer. Die Zeitdauer ist in unseren Landesrechten unter dem Einfluß deutschrechtlicher Grundsätze nicht nur abweichend von den gemeinrechtlichen Grundsätzen geregelt, sondern es weichen auch die an der Stelle der gemeinrechtlichen getretenen Fristen vielfältig unter sich ab.

Gemeinrechtlich unterscheidet sich die Zeitdauer nach Mobilien und Immobilien und bei letzteren je nachdem die Ersitzung unter

---

§ 264. Es wird dieß auch nach Oesterreichischem und Französischem Recht angenommen Unger, E.R. § 7, 16; Aubry § 181, 10. Nach Preußischem Recht, welches das Institut der ruhenden Erbschaft nicht kennt, kommt dem Erben, der die Ersitzung des Erblassers fortsetzt, bei der Berechnung des Zeitraums auch die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu statten Pr. L.R. I. 9. 616; Förster Eccius § 177, 104.

[125] l. 40 D. 41. 3; Schmid, Handbuch § 14, 154; Wächter, Pandekten § 138 Beilage B. 2. Das Gleiche nimmt Unger, E.R. § 7, 16 für das Oesterreichische Recht an. Sachsen B.G.B. § 264 hat keine Bestimmung, der gemeinrechtliche Grundsatz scheint aber den Vorschriften desselben nicht zu widersprechen.

[126] l. 11 D. 44. 3; Schmid, Handbuch § 14, 158; Windscheid § 181, 6. Das Gleiche nehmen auf Grund der Bestimmung des C. c. Art. 2237 für das französische Recht an Zachariä § 217, 18; Aubry § 181, 12.

[127] Bayr. L.R. II. 4. 10 Nr. 3; Pr. L.R. I. 9. 614 Förster, Eccius § 177, 105; Sachsen B.G.B. § 266; Oesterreich A.B.G.B. § 1463. In allen diesen Gesetzen ist ausgesprochen, daß der Erbe, wenn er selbst in gutem Glauben ist, durch den bösen Glauben des Erblassers nicht gehindert ist den Ersitzungsbesitz zu beginnen.

[128] l. 14 pr. § 1. 2. D. 44. 3; § 13 Inst. 2. 6; Wächter, Pandekten § 138 Beilage A. l. 1; Windscheid § 181, 10; Pr. L.R. I. 9. 613; Sachsen B.G.B. § 263; Oesterreich A.B.G.B. § 1493; C. c. Art. 2235 Zachariä § 215 c, 16.

[129] l. 2 § 16 D. 41. 4; Schmid, Handbuch § 14, 164.

Digitized by Google

Anwesenden verlaufen ist oder nicht. Unsere Landesrechte weichen nun darin vom römischen Recht ab, daß sie den Einfluß der Abwesenheit auf die Zeitdauer theils ganz ausschließen [130], theils auch auf Mobilien ausdehnen [131], und daß sie die Voraussetzungen der Abwesenheit und ihre Wirkungen anders bestimmen. Gemeinrechtlich wird die Abwesenheit als vorhanden angesehen, wenn der Ersitzende nicht in demselben Obergerichtsbezirk wie der Eigenthümer seinen Wohnsitz hat [132]; nach Bayrischem Landrecht [133] gilt als abwesend, wer seinen Wohnsitz nicht im Staatsgebiet hat. Noch weiter beschränken den Begriff die unten erwähnten kleineren Statuten, indem sie voraussetzen, daß die Betheiligten in dem gleichen Ort domiciliren [134], und der gleiche Grundsatz gilt nach Lübischem Recht [135]. Dagegen bestimmen das Preußische [136] Oesterreichische [137] und Französische Recht [138] den Begriff darnach,

---

[130] Dieß ist der Fall nach dem Recht des Sächsischen B.G.B.

[131] Dieß ist der Fall nach Preußischem und Oesterreichischem Recht.

[132] Nach l. 12 Cod. 7. 33 bestimmt sich die Anwesenheit nach dem Domicil in derselben Provinz. Da die römische Provincialeintheilung bei uns nicht mehr besteht, so wird der Provinz der Obergerichtsbezirk substituirt Unterholzner, V.L. § 84, 278; Schmid, Handbuch § 14, 142. Entscheidend ist, daß beide Betheiligte in demselben Bezirk ihr Domicil haben Erk. Celle 12/9 1843 Sf. VI. 312; 17/1 1854 Sf. IX. 9; Darmstadt 26/12 1830 Sf. X. 137. Es reicht zum Begriff der Anwesenheit nicht hin, daß der gegen den ersessen werden soll einen ständigen Vertreter im Bezirk hat Erk. Darmstadt 20/6 1855 Sf. XII. 250; Lübeck 21/9 1824 Sf. XV. 107. Die Anwesenheit und Abwesenheit bestimmt sich darnach persönlich.

[133] Bayr. L.R. II. 4. 8 Nr. 3; Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 50.

[134] Vgl. unten Note 154—156.

[135] Vgl. unten Note 146. 169.

[136] Pr. L.R. I. 9. 621. 622; Dernburg, P. P.R. I. § 175, 4. Dem als Bezirk bestimmten Landesjustizkollegium entspricht jetzt der Bezirk des Oberlandesgerichts Förster Eccius § 177, 33.

[137] Oesterreich A.B.G.B. § 1475. Die hier als maßgebend bezeichnete Provinz, in welcher sich die Sache befindet, wird jetzt als das „Kronland" angenommen Zrodlowski 92. Die Bestimmung, daß nur schuldlose Abwesenheit berücksichtigt werde, ist dem Oesterreichischen Recht eigenthümlich s. Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. II. 4. 8. Ueber die Bedeutung der willkürlichen Abwesenheit s. Zrodlowski 92.

[138] C. c. Art. 2265 Zachariä § 217, 19. Dem hier angegebenen Bezirk des Appellhofes entspricht jetzt der des Oberlandesgerichts. Die gleiche Bestimmung des Badischen L.R. Art. 2265 ist durch E.G. 3/3 1879 § 146 auf-

Digitized by Google

ob der Eigenthümer in dem Bezirk, in dem sich das Ersitzungsobjekt befindet, anwesend ist oder nicht. Die Wirkung der Abwesenheit ist, daß die Zeitdauer verdoppelt wird[139]. Liegt ein Wechsel zwischen Anwesenheit und Abwesenheit vor, so werden zwei Jahre des Auseinanderseins für ein Jahr des Zusammenseins, oder ein Jahr des Zusammenseins für zwei Jahre des Auseinanderseins gerechnet[140]. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob kürzere Zeiträume der Abwesenheit in gleicher Weise zu behandeln oder nur ganze Jahresabschnitte in Betracht zu ziehen seien[141]. Unsere Landesrechte lassen die Abwesenheit nur in ganzen Jahresabschnitten eine Verlängerung der Ersitzungszeit bewirken[142]. Die Anwesenheit hat der Ersitzende zu beweisen[143]. Für die Zeitdauer der Ersitzung gelten hiernach folgende Grundsätze:

A. Mobilien. Die Zeitdauer ist theils einheitlich geregelt, theils mit Beobachtung der Unterscheidung nach Anwesenheit und Abwesenheit bestimmt.

1. Einheitliche Regelung. Die ordentliche Ersitzung der Mobilien dauert gemeinrechtlich und nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. drei Jahre[144], nach gemeinem Sachsenrecht[145] und den

---

gehoben und dahin verändert, daß die Ersitzung das Wohnen des wahren Eigenthümers im Staatsgebiete voraussetzt.

[139] pr. Inst. 2. 6; Pr. L.R. I. 9. 621; Oesterreich A.B.G.B. § 1475; C. c. Art. 2265. Abweichend davon ist die Stellung des Lübischen Rechts, welches bei Abwesenheit des Eigenthümers die Ersitzung suspendirt unten Note 147. 169.

[140] Nov. 119. c. 8; Unterholzner, B.L. § 84, 279; Schmid, Handbuch § 14, 144; Pr. L.R. I. 9. 621; Oesterreich A.B.G.B. § 1475; C. civ. Art. 2266.

[141] Nur ganze Jahre wollen in Betracht ziehen Böcking, Pandekten § 148, 5; Zrodlowski, Untersuchungen 93. Auch kürzere Zeitabschnitte wollen in gleicher Weise behandeln Pagenstecher, Eigenthum II. 339; Windscheid § 180, 3. Die erstere Meinung hat den Wortlaut des Gesetzes für sich. Auch die unten Note 154—156 und 163. 164 erwähnten kleineren Statuten scheinen nur ganze Termine im Sinn zu haben.

[142] Pr. L.R. I. 9. 623; Oesterreich A.B.G.B. § 1475; Zrodlowski, Untersuchungen 93; das Gleiche nimmt Zachariä Puchelt § 217, 20 nach dem Wortlaut des C. c. Art. 2266 an.

[143] Erk. Darmstadt 20/6 1855 A. f. Pr. R.W. V. 332.

[144] pr. Inst. 2. 6; Sachsen B.G.B. § 261.

[145] Haubold, P.R. § 185 b; Curtius, P.R. § 557 a; Bölcker, P.R. § 115, 2.

Digitized by Google

Statuten von Lübeck[146], Hadeln[147], Dithmarschen[148] und Eiderstedt[149] Jahr und Tag[150], nach Jütisch Low dreißig Jahre[151]. Nach Preußischem Landrecht ist für die Ersitzung von Mobilien der Corporationen eine Ersitzungszeit von zwanzig Jahren[152], nach Oesterreichischem Recht ist für die Ersitzung von Mobilien des Fiskus, der Kirchen, der Gemeinden und anderer erlaubter Corporationen eine Ersitzungszeit von sechs Jahren bestimmt[153].

2. Unterscheidung nach Anwesenheit und Abwesenheit. Für die ordentliche Ersitzung ist als Ersitzungszeit der Mobilien mit Unterscheidung nach Anwesenheit und Abwesenheit bestimmt: nach den Rechten von Nürnberg und Dinkelsbühl drei und zwölf Monate[154], nach dem Recht der Frankfurter Reformation sechs und

---

Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. oben § 249, 14. Die Anwendung der Grundsätze der ordentlichen Ersitzung des römischen Rechts darauf ist unbestritten Unterholzner, V.L. § 23, 98; Schmidt, Vorlesungen § 54. I. 1; Gengler, P.R. § 61 Nr. 1; Hillebrand, P.R. § 48, 2; vgl. oben Note 53.

[146] Lübeck St. I. 8. 8. Nach dem Wortlaut des Statuts tritt diese Ersitzung nur ein gegenüber demjenigen der binnen Landes gewesen ist. Die Abwesenheit des Eigenthümers hat aber nicht die Verdopplung der Frist zur Folge, sondern bewirkt ein Stillstehen der Ersitzung Wilmowski § 25 S. 63. Die Ersitzung läuft gegen den Abwesenden erst von seiner Rückkehr an Eichhorn, P.R. § 177 h. Die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung werden unbestritten darauf angewendet Mevius, Comment. Nr. 32—34 zu St. I. 8. 1; Stein, Abhandlungen II. § 10. 14.

[147] Hadeln, L.R. II. 18; Unterholzner, V.L. § 23. 100.

[148] Dithmarschen, L.R. Art. 89, 1; Paulsen, P.R. § 65 Nr. 1.

[149] Eiderstedt, L.R. III. 47. 1; Paulsen, P.R. § 165 Nr. 2.

[150] Dieß ist nach gemeinem Sachsenrecht die Zeit von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen oder 410 Tagen Unterholzner, V.L. § 85, 284; Curtius, P.R. § 557 a. Das Gleiche nimmt man für Dithmarschen und Eiderstedt an Paulsen § 65 Nr. 1. 2. Dagegen wird nach der Praxis die Frist des Lübischen Stadtrechts zu 366 Tagen berechnet Boehmer, de praescriptione annali jur. Lub. § 9; Mevius, Comment. ad St. I. 8. 1 Nr. 16; Stein, Abhandlungen I. § 36; II. § 11; Pauli, Abhandlungen I. 174, 294 a; Wilmowski, Lüb. R. 60; Paulsen, P.R. § 62, 2; Erk. Rostock 11/12 1875 Budde IX. 34.

[151] Das Gesetz selbst enthält keine Bestimmung, man wendet daher die für Immobilien geltende 30jährige Ersitzung auch auf Mobilien an Paulsen, P.R. § 63, 11; Esmarch, Schl.R. § 55.

[152] Pr. L.R. I. 9. 624.

[153] Oesterreich A.B.G.B. § 1472.

[154] Nürnberg Reform XVI. 9; Dinkelsbühl St. II. 5. 12—14; Roth,

Digitized by Google

zwölf Monate[155], nach Lüneburger Stadtrecht Jahr und Tag und drei Jahre drei Tage[156], nach Preußischem Landrecht zehn und zwanzig Jahre[157]. Nach Oesterreichischem Recht dauert die Ersitzungszeit für Mobilien drei und sechs Jahre, und wenn sie von einem unredlichen Besitzer erworben sind sechs und zwölf Jahre[158].

B. Immobilien. Auch bei Immobilien bestimmt sich die Zeitdauer theils mit Unterscheidung der Anwesenheit und Abwesenheit theils einheitlich.

1. Bestimmung der Zeitdauer nach Anwesenheit und Abwesenheit. Mit Unterscheidung der Zeitdauer nach Anwesenheit und Abwesenheit werden Immobilien ersessen gemeinrechtlich[159] und nach Bayrischem[160] Preußischem[161] und Französischem Recht[162] in 10 und 20 Jahren, nach dem Recht der Nürnberger Reformation erkaufte Immobilien unter Anwesenden in der Stadt in Jahr und Tag, auf dem Land in vier Jahren, unter Abwe-

---

Bayr. C.R. (1) § 146, 55. 57. Eine Ausnahme ist nach Nürnberger Recht für gestohlenes Zinn gegeben, welches nach Rathserlaß 20/12 1695 Lahner, Sammlung X. 481 von dem in gutem Glauben erwerbenden Zinnarbeiter schon in 5—6 Tagen ersessen wird Gengler, Handbuch 231, 39, Erk. München 21/10 1873 Sammlg. IV. 136, während nach Reform XVI. 9. 2 andere gestohlene Sachen der Ersitzung ganz entzogen sind vgl. oben Note 10.

[155] Frankfurt II. 9. 9. Weiß der Eigenthümer nichts vom Verkauf, so dauert die Ersitzungszeit 3 Jahre Bender, P.R. § 45 Nr. 4.

[156] Lüneburg Reformation 1679. II. 9.

[157] Pr. L.R. I. 9. 620. 621.

[158] Oesterreich A.B.G.B. 1466. 1475. 1476.

[159] pr. Inst. 2. 6. l. un. Cod. 7. 31. Nach Württemberg L.R. I. 75. 41. 42 und Exekutionsgesetz 15/4 1824 Art. 24 ist für Immobilien, die im Exekutionsweg verkauft sind, die Ersitzungszeit auf 8 und 10 Jahre bestimmt Lang, Sachenrecht § 41, 5.

[160] Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 1. Eine Ausnahme ist nur bestimmt für erkaufte Immobilien, für welche eine Ersitzungszeit von 5 und 10 Jahren gilt. Vgl. über die Entstehung dieser Bestimmung Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 54. Die fortdauernde Geltung erkennen an Erk. München 18/1 1869 Bl. XXXIV. 219; 23/4 1875 Sammlung V. 320.

[161] Pr. L.R. I. 9. 620. 621.

[162] C. c. Art. 2265; Zachariä § 217.

Digitized by Google

senden in zwanzig Jahren[163], nach dem Recht der Stadt Dinkelsbühl in 2 und 5 Jahren[164].

2. Einheitliche Regelung der Ersitzungszeit. Ohne Unterscheidung von Anwesenheit und Abwesenheit der Interessenten werden Immobilien ersessen nach gemeinem Sachsenrecht in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen[165], nach dem Jütisch Low in 30 Jahren[166], nach dem Eiderstetter Landrecht in 10 Jahren[167], nach den Stadtrechten von Lübeck[168] Rostock[169] und Nördlingen[170] in Jahr und Tag. Nach Darmstädtischem Recht ersitzt

[163] Nürnberg. Reform XVI. 5 vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 55; für erkaufte Immobilien unter Abwesenden und für nicht erkaufte Immobilien gilt das gemeine Recht, für erstere also eine Ersitzungszeit von 20 Jahren Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 56.

[164] Dinkelsbühl St. II. 5. 12—14; Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 57.

[165] Dec. 1 von 1746; Haubold, P.R. § 185c; Curtius, P.R. § 557c; Paulsen, P.R. § 60, 9; Völker, P.R. § 115, 3; Heimbach, P.R. § 185, 2 und R.L. XII. 328, 206. Ueber die Entstehung dieses Rechtssatzes vgl. oben § 249, 6. Bestritten ist, ob sich diese Ersitzung nach den Regeln der ordentlichen oder der außerordentlichen Ersitzung richte. Ich habe mich oben Note 53 für das erstere ausgesprochen.

[166] Das Jüt. Low I. 41. 42 verband mit der Lovhärd nämlich dem dreijährigen ruhigen Besitz des durch Auflassung (Schötung) erworbenen Objektes die Folgen der rechten Gewere des Deutschen Rechts; später wurde dieß als ordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts aufgefaßt und den Voraussetzungen desselben unterworfen Paulsen, P.R. § 63, 10; in Fällen wo Auflassung nicht stattfand, nahm man dreißigjährige Ersitzung an Paulsen, P.R. § 63, 11. Die Lovbietung findet jetzt nicht mehr Anwendung Erk. Gottorf 18/6 1843 Anz. 45. 21, weßhalb die dreißigjährige Ersitzung für Immobilien als allgemeine Ersitzungsart anzusehen sein dürfte.

[167] Eiderstett, L.R. III. 472. Die Unterscheidung zwischen Anwesenheit und Abwesenheit ist hier ausdrücklich verworfen.

[168] Lübeck St. III. 6. 1. 3; V. 6. 1. Diese Bestimmung gilt nur für aufgelassene Immobilien. Zweifellos hatte dieses Institut die Eigenschaft der rechten Gewere, es wird aber jetzt als ordentliche Ersitzung mit bona fides und justus titulus aufgefaßt Mevius, Nr. 13. 14 zu St. III. 6. 1; Nr. 3 zu St. III. 6. 3; Stein, Abh. II. § 11—19; Wilmowski, Lüb.R. 65. Im Fall der Abwesenheit läuft dem Eigenthümer die Frist von der Zeit seiner Kenntniß an. Der Zeitraum wird auch hier zu 366 Tagen gerechnet. In Lübeck selbst ist die Vorschrift durch H.O. 11/5 1880 § 15 beseitigt, da hiernach die Eintragung in das Hypothekenbuch unanfechtbar ist.

[169] Rostock St. III. 6; Kamptz, Meckl. C.R. § 77, 6.

[170] Nach Nördlingen, St. II. 12 gilt für erkaufte Immobilien eine ordentliche Ersitzung von Jahr und Tag Roth, Bayr. C.R. (1) § 146, 58.

Digitized by Google

der im Grundbuch eingetragene Eigenthümer in fünf Jahren vom Tag des Eintrags an gerechnet[171].

§ 251.

3. Die außerordentliche Ersitzung.

Die außerordentliche Ersitzung hat sich aus der Klagenverjährung entwickelt, indem nach einer Verordnung Justinians mit Verjährung der Eigenthumsklage der Besitzer der den Besitz gutgläubig erworben auch das Eigenthum der Sache erworben haben sollte[1]. Gemeinrechtlich gelten daher für die außerordentliche Ersitzung die für die Extinktivverjährung der Eigenthumsklage geltenden Grundsätze, wobei nur noch bona fides während der ganzen Dauer des Besitzes erfordert wird[2], und es ist dieß ebenso in unseren Landesrechten zum Ausdruck gekommen[3]. Für die außerordentliche Ersitzung gelten folgende Grundsätze:

1. Die außerordentliche Ersitzung ist zuläßig für alle Objekte, welche nicht der Ersitzung überhaupt entzogen sind[4], umfaßt also auch solche, welche nur der ordentlichen Ersitzung entzogen sind[5]. Nach Sächsischem Recht ist sie auf Mobilien[6] nach französischem Recht auf Immobilien beschränkt[7].

---

[171] Darmstadt J. G. 21/2 1852 Art. 27, 1. Es müssen dabei alle Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung gegeben sein, eine Unterscheidung nach Anwesenheit und Abwesenheit wird nicht gemacht Müller, Ingrossation § 68; Erk. Darmstadt 17/4 1866 A. f. P. R.W. *VIII. 200.

[1] l. 8 § 1. Cod. 7, 39; Bangerow § 325 Anm.

[2] Bangerow § 225 Anm.; Schmid, Handbuch § 214, 209; Arndts § 164, 3. Die abweichende Ansicht von Unterholzner, V.L. § 177. 178 und Brinz, Pandekten (2) § 157, 4, welche die außerordentliche Ersitzung unter die Regeln der Ersitzung stellen wollen, ist weder in der Praxis des gemeinen Rechts noch in der Entwicklung unserer Landesrechte durchgedrungen vgl. unten Note 9.

[3] Die Landesrechte stimmen darin überein, daß zur außerordentlichen Ersitzung ein Titel nicht erforderlich sei Pr. L.R. I. 9. 625; Sachsen B.G.B. § 260; Oesterreich A.B.G.B. § 1477; C. c. Art. 2262.

[4] Vgl. oben § 249, 22 f.

[5] Es gehören darin die oben 250, 5—18 aufgeführten Categorien von Sachen.

[6] Sachsen B.G.B. § 260.

[7] Zachariä § 216.

Digitized by Google

2. Der Ersitzende muß während der ganzen Ersitzungszeit im juristischen Besitz der Sache gewesen sein[8].

3. Bei der außerordentlichen Ersitzung ist gemeinrechtlich der Nachweis eines Titels nicht erforderlich[9], und es stimmen damit unsere Landesrechte überein[10]. Dagegen wird außer nach französischem Recht[11] guter Glaube während der ganzen Ersitzungszeit vorausgesetzt[12]. Das Nichtvorhandensein des guten Glaubens hat der Gegner zu erweisen, indem er Thatsachen anzuführen hat, welche die Unredlichkeit des Besitzes ergeben[13]. Bestritten ist, ob dabei Entschuldbarkeit des Irrthums vorausgesetzt werde, und ob namentlich Rechtsirrthum wie bei der ordentlichen Ersitzung den guten Glauben ausschließe[14].

---

[8] Arndts § 164 Anm. 1; Baron, Pandekten § 147 Nr. 1; Erk. München 16/10 1878 Sammlg. VII. 271; Pr. L.R. I. 9. 625; Förster Eccius § 177, 114; Sachsen B.G.B. § 260.

[9] Dieß ist die gemeine Meinung Schmid, Handbuch § 14, 211; Vangerow § 325 Anm. Nr. 2; Windscheid § 180, 2; Arndts § 164, 2; Sintenis, C.R. § 51, 65, die auch in unserer Praxis Anerkennung gefunden hat. Abweichend davon verlangen Brinz, Pandekten (2) § 157, 4 und die dort angeführten, auch bei der außerordentlichen Ersitzung Nachweis des Titels, s. dagegen Fritz, Z. f. C.R. III. 435. 442; Schirmer, Note zu Unterholzner, B.L. § 185; Wächter, bona fides § 1.

[10] Bayr. L.R. II. 4. 6 Nr. 3 und Kreittmayr, Anm. 2 dazu; Pr. L.R. I. 9. 625. 630; Sachsen B.G.B. § 260; Oesterreich A.B.G.B. § 1477. Zrodlowski, Untersuchungen 7; C. c. Art. 2262 Zachariä § 216.

[11] C. c. Art. 2262 bestimmt, daß bei der dreißigjährigen Verjährung die Einrede des unredlichen Besitzes nicht zulässig sei Zachariä § 216, 1.

[12] Nach l. 8 § 1 Cod. 7. 39 war guter Glaube nur bei Beginn des Besitzes erforderlich, nach den Grundsätzen des canonischen Rechts c. 20. X. 2. 26 ist dieß jedoch auf die ganze Ersitzungszeit ausgedehnt Schmid, Handbuch § 14, 214; Vangerow § 325 Anm.; Arndts § 164, 1.

[13] c. 1 in. VI. 2. 13; Schmid, Handbuch § 14, 212; Seuffert, Pandekten § 140, 3; Windscheid § 183, 2; Erk. Celle 20/2 1861 Sf. XVI. 9; Bayr. L.R. II. 4. 6. Nr. 3; Pr. L.R. I. 9. 628.

[14] Dieß nehmen an: Vangerow § 325 Anm. Nr. 2; Schmid, Handbuch § 14, 212; Scheurl, Beiträge II. 80; Schirmer, Note zu Unterholzner, B.L. § 185; Windscheid § 183, 2; Bruns, bona fides 105; Regelsberger, A. f. Pr. R.W. IX. 184; Erk. Jena 25/4 1874 Sf. XXIX. 219. Dagegen halten den Rechtsirrthum bei der außerordentlichen Ersitzung für unschädlich Savigny, System III. 371 b; Sintenis, C.R. § 22, 52; Wächter, W. P.R. II. § 21, 43; Wächter, Pandekten § 138, 30; Wächter, bona fides 5 und 18; Erk. Stuttgart 24/5 1856 Sf. XI. 17 a; Kiel 21/8 1861 Sf. XV. 3; Celle

Digitized by Google

4. Die Ersitzungszeit ist gemeinrechtlich dreißig Jahre [15], für Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen vierzig Jahre [16]; nach gemeinem Sachsenrecht an beweglichen Sachen der Minderjährigen [17] und an gestohlenen und geraubten Mobilien [18] 31 Jahre 6 Wochen drei Tage, an Sachen des landesherrlichen Fiskus [19] und Immobilien der Kirchen, Universitäten, Schulen und milden Stiftungen [20] 40 Jahre. Nach Preußischem Recht ist gegen Privatpersonen und nicht privilegirte juristische Personen eine titellose Ersitzung von dreißig Jahren [21], an geraubten und gestohlenen Sachen in der Hand des ersten redlichen Besitzers [22] und bei Rechten die nicht alljährlich sondern nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können [23] von vierzig Jahren, gegen Fiskus, Kirchen und die diesen gleichgestellte Corporationen von vier und vierzig Jahren [24], zur Befreiung von einer öffentlichen Last oder Abgabe [25] und zur Ueberschreitung der durch Gesetze Verträge oder richterliche Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen

---

19/4 1859 Sf. XV. 197. Der letzteren Ansicht schließt sich für das Preußische Recht an Erk. O.Tr. Berlin 20/11 1848 Entsch. XVI. 524; Förster Eccius § 117, 116. Nach Oesterreichischem Recht ist Rechtsirrthum ohne Einfluß auf die bona fides A.B.G.B. § 326.

[15] l. 8 § 1 Cod. 7. 39; Bayr. L.R. II. 4. 6 Nr. 3. Dieß gilt gemeinrechtlich namentlich für ersitzbare der ordentlichen Ersitzung entzogene Sachen des Staats § 250, 4; der Gemeinden § 250, 5; der mündigen Minderjährigen § 250, 9; für gestohlene gewaltsam in Besitz genommene und von einem malae fidei possessor erworbene Sachen § 250, 10—12; für Grenzstreifen § 250, 13; für Sachen deren Veräußerung verboten ist § 250, 14—17; nach Braunschweigischem Recht für die in das Grundbuch nicht eingetragenen Immobilien § 250, 18. Einzelne Landesrechte nehmen für Sachen des Staats eine vierzigjährige Ersitzung an oben § 250, 4.

[16] Nov. 11. c. 1 oben § 250, 6.

[17] Curtius, P.R. § 559 b.

[18] Curtius, P.R. § 559 c.

[19] Curtius, P.R. § 558 a; Erk. Jena 6/5 1864 Sf. XVIII. 14; Dresden 1846 Emminghaus, Pandekten 800 Nr. 86.

[20] Const. Sax. II. 5; Curtius, P.R. § 558 b.

[21] Pr. L.R. I. 9. 625—628; Förster Eccius § 177, 108.

[22] Pr. L.R. I. 9. 648; Förster Eccius § 177, 117.

[23] Pr. L.R. I. 9. 649; Förster Eccius § 177, 118.

[24] Pr. L.R. I. 9. 629; Förster Eccius § 177, 127.

[25] Pr. L.R. I. 9. 655—659; Förster Eccius § 177, 136.

Digitized by Google

einer Sache oder eines Rechts[26] von fünfzig Jahren bestimmt. Nach Oesterreichischem Recht ist eine titellose Ersitzung von 30 Jahren für Immobilien[27] und für Rechte gegen Fiskus, Kirchen, Gemeinden und andere erlaubte Körper, die in die öffentlichen Bücher nicht einverleibt sind[28], dann von vierzig Jahren an Familienfideicommissen, Erbpachtgütern und Erbzinsgütern[29] gegeben. Nach sächsischem Recht ist an Mobilien[30], nach französischem Recht an Immobilien[31] eine titellose Ersitzung von 30 Jahren gegeben.

Titel III.

Abgeleiteter Erwerb.

Abschnitt 1.

Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

§ 252.

Durch Richterspruch wird Eigenthum übertragen:

I. durch Zuschlag in Theilungsklagen. Hier ist zu unterscheiden: Gemeinrechtlich geht bei Theilung zwischen Miteigenthümern[1] und bei Erbtheilung[2] das Eigenthum durch das rechts-

---

[26] Pr. L.R. I. 9. 660. 661; Förster Eccius § 177, 187.

[27] Oesterreich A.B.G.B. § 1468. Hiernach ist nur die außerordentliche Ersitzung gegeben an Immobilien welche auf den Namen dessen der die Besitzrechte darüber ausübt nicht eingetragen sind. Daß damit die Ersitzung auch gegen den eingetragenen Bucheigenthümer gemeint sei, ist jetzt keinem Zweifel mehr unterworfen Strohal, Eigenthum § 12. 13; Randa, Eigenthumsrecht § 17, 12. Das Oesterreichische Recht hat also den in den deutschen Grundbuchgesetzen ausgesprochenen Rechtssatz, daß die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer ausgeschlossen sei, nicht angenommen.

[28] Oesterreich A.B.G.B. § 1472.

[29] Oesterreich A.B.G.B. § 1474.

[30] Sachsen B.G.B. § 260.

[31] C. c. Art. 2262; Zachariä § 216.

[1] § 5 und 7. Inst. 4. 17; Bayr. L.R. IV. 13. 3 vgl. mit III. 1. 14. Nr. 19.

[2] §§ 4 und 7. Inst. 4. 17; Windscheid § 608, 17; Bayr. L.R. III. 1. 14. Nr. 19.

Digitized by Google

kräftige Urtheil von selbst auf Denjenigen über, dem es zugesprochen wird. Der gleiche Grundsatz gilt nach französischem Recht [3]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. gilt dieser Grundsatz jedoch nur für Mobilien [4], während bei Immobilien das richterliche Erkenntniß nur einen Rechtsgrund für Eintragung in das Grundbuch gewährt [5]. Nach Oesterreichischem Recht hat das Adjudikationsurtheil in Theilungssachen die Bedeutung eines condemnatorischen Urtheils zur Vollziehung des Theilungsausspruchs [6]. Das Preußische Recht kennt ein dem gemeinrechtlichen entsprechendes Adjudikationsurtheil in Theilungssachen nicht [7].

II. Durch das Urtheil im Grenzscheidungsproceß wird Eigenthum übertragen, wenn der Richter das streitige Land zwischen den Partheien theilt, weil sich die wahre Grenze nicht mehr feststellen läßt [8].

III. Durch Zuschlag im Subhastationsverfahren. Es ist bestritten, wie bei gerichtlicher Subhastation von Immobilien der Eigenthumsübergang sich vollziehe, ob derselbe mit dem Zuschlagserkenntniß eintrete, oder ob dazu Tradition oder gerichtliche Auflassung erforderlich sei [9]. Ueberwiegend ist in unseren Landesrechten die erste Alternative zur Anerkennung gelangt [10], während

---

[3] Nach französischem Recht hat das Adjudikationsurtheil die Bedeutung einer deklaratorischen Sentenz oben § 232, 94.

[4] Sachsen B.G.B. § 257.

[5] Sachsen B.G.B. § 277.

[6] Unger, Ö. P.R. § 131, 15; Strohal, Eigenthum 93, 1.

[7] Förster Eccius § 178, 12.

[8] § 6. 7. Inst. 4. 17; Windscheid § 450, 4; Kreittmayr, Anm. Nr. 8 zu Bayr. L.R. II. 2. 13. Dieß gilt auch nach Pr. L.R. I. 17. 379 Förster Eccius § 178, 12 und § 182, 99 und Oesterreich A.B.G.B. § 853 Strohal, Eigenthum 94, 3. Das Gleiche ist nach französischem Recht anzunehmen Aubry § 199 Nr. 2. Nach Sachsen B.G.B. § 277 gewährt das Erkenntniß nur einen Rechtstitel zur Eintragung in das Grundbuch.

[9] Für den Uebergang des Eigenthums mit dem Zuschlag erklären sich Strippelmann, Subhastation 357; Dernburg, P.R. I. § 120, 16; Stobbe, P.R. § 92, 2; Schneider, A. f. C.Pr. LXVI. 291; Scheerer, Zwangsaufsteckung A. f. Pr. R.W. XIII. 51. Dagegen halten bei Subhastation zum Eigenthumsübergang Tradition für erforderlich Seuffert, Commentar zur G.O. IV. 332, 68; Steppes in Bl. f. R.A. XVIII. 321 und XXVII. 270; Holzschuher, Theorie III. 754.

[10] Es gilt dieß in folgenden Landesrechten: Preußen Pr. L.R. I. 11.

Digitized by Google

nach einem anderen Theil der Landesrechte das Zuschlagserkenntniß nur einen Titel für die Eigenthumsübertragung bildet [11].

Abschnitt 2.

Eigenthumsübertragung.

§ 253.

Allgemeines.

Die Eigenthumsübertragung durch ein Geschäft unter Lebenden erfolgte nach römischem Recht für Immobilien wie für Mobilien durch Tradition. Mit Perfektion des dinglichen Vertrags war der Eigenthumsübergang mit allen Wirkungen gegeben. Nach Deutschem Recht dagegen unterschied sich die Eigenthumsübertragung der Mobilien von der der Immobilien. Während die erstere durch Uebergabe vollzogen wurde, war für die letztere ein Formalakt erforderlich, den man als Auflassung bezeichnet. Die Reception des römischen Rechts hatte zwar für die Letztere vielfache Aenderungen zur Folge, allein im Ganzen blieb der deutschrechtliche Grundsatz erhalten, indem auch in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen das Princip der Auflassung verlassen war, die Tradition von Immobilien an bestimmte Voraussetzungen gebunden wurde, die für die Tradition von Mobilien nicht erfor-

342, Zw.V.O. 1883 § 97, Dernburg P. P.R. I. § 350, 1; Bayern Subh.O. 23/2 1879 Art. 55 Nr. 2; Württemberg Subh.G. 18/8 1879 Art. 18; Darmstadt Präjudiz Nr. 24 12/2 1830, Müller, Ingrossation § 27; Braunschweig Subh.G. 10/7 1879 § 74; Meiningen Exekutionsordnung 17/7 1862 Art. 49; Altenburg H.O. § 106. 127; Reuß ä. L. H.O. § 99. 103; Reuß j. L. H.O. § 105. 126; Sondershausen Gr.V.O. 2/8 1883 § 53; Lippe-Detmold C.Pr.O. 12/4 1859 § 132; Schaumburg Ges. 24/4 1880 § 13; Bremen E. und H.F.O. 1860 § 13; Oesterreich Randa, Eigenthumsrecht § 17, 23. Es gilt dieß ebenso nach französischem Recht C. de pr. Art. 714. 731; Baden E.G. 13/3 1879 § 7; Hessen A.G. 4/6 1879 Art. 147; Elsaß-Lothringen Subh.O. 30/4 1880 § 22.

[11] Es gilt dieß nach folgenden Landesrechten: Sachsen B.G.B. § 277. 452; Sachsen-Weimar Ges. 12/5 1879 § 58; Coburg-Gotha Ges. 7/4 1879 § 18; Anhalt Subhastationsgesetz 10/5 1879 § 51; Rudolstadt Ges. 8/8 1879 § 14; Oldenburg Subh.G. 2/4 1879 Art. 49; Mecklenburg Ges. 24/5 1879 § 44 Nr. 5; Lübeck Subh.G. 16/7 1879 § 29.

Digitized by Google

berlich waren. Die neuere Rechtsentwicklung, welche das Gebiet der Auflassung so ungemein erweitert hat [1], hat auch in den anderen Rechtsgebieten des gemeinen Rechts zu einer Ausdehnung des oben charakterisirten Princips geführt, indem in diesen Rechtsgebieten die Einhaltung bestimmter Formen für die Tradition vorgeschrieben ist, und der Eigenthumsübergang nur durch Eintragung in das Grundbuch vollständig wirksam wird [2]. Die gleiche Stellung nimmt das französische Recht ein, nach welchem zwar der Eigenthumsübergang für Immobilien sowohl als für Mobilien durch Vertrag erfolgt, die Wirkung des Eigenthumsübergangs Dritten gegenüber aber von der Eintragung in das Transkriptionsregister abhängig gemacht ist. Es ist daher gerechtfertigt für das gegenwärtige Recht die Eigenthumsübertragung der Mobilien und der Immobilien gesondert darzustellen, und bei der letzteren das Rechtsgebiet der Tradition der Transkription und der gerichtlichen Auflassung zu unterscheiden.

Abtheilung 1.

Eigenthumsübertragung an Mobilien [1].

§ 254.

Die Eigenthumsübertragung von Mobilien erfolgt gemeinrechtlich und nach unseren Landesrechten mit Ausnahme des fran-

[1] In abgerundeten Ziffern hat nach dem Bevölkerungsstand von 1880 im deutschen Reich:

a. Das Rechtsgebiet der Tradition 6,700,000 E.
b. Das Rechtsgebiet der Transkription 8,000,000 E.
c. Das Rechtsgebiet der gerichtlichen Auflassung 30,500,000 E.

[2] Nur der in das Hypothekenbuch als solcher eingetragene Eigenthümer kann in dem Rechtsgebiet der Tradition diejenigen Dispositionen treffen, welche nur durch Eintragung im Hypothekenbuch Giltigkeit erlangen. Damit ist ein indirekter Zwang zur Eintragung des Eigenthumsübergangs gegeben, der sonst, soweit die Verpfändung nicht in Betracht kommt, fakultativ ist. Vgl. unten § 256, 2 und 25.

[1] Schmid, Handbuch § 8; Windscheid § 171. 172; Goldschmidt, Handelsrecht (1) § 79; Brinz, Pandekten (2) § 150. 151; Bangerow § 311; Förster Eccius § 178; Dernburg, P. P.R. I. § 238. 239; Lang, Sachenrecht § 47—49; Exner, Rechtserwerb durch Tradition 1867; Zachariä § 180; Aubry § 174.

Digitized by Google

zösischen Rechts durch Uebergabe[2], für welche folgende Grundsätze gelten:

I. Rechtliche Natur der Uebergabe. Nach der älteren Ansicht wurde die Uebergabe aufgefaßt als Erfüllung des vorausgehenden obligatorischen Vertrags, der daher immer vorausgesetzt wurde[3]. Diese Auffassung hat im Bayrischen[4] und Preußischen Landrecht[5] Aufnahme gefunden, und ist daher für

---

[2] Eine Ausnahme ist nach dem H.G.B. Art. 439 für Seeschiffe begründet, die durch bloßen Vertrag übergehen.

[3] Diese Auffassung war früher die allein geltende. Sie findet sich noch Glück, Commentar VIII. 113; Gesterding, Eigenthum 121; Schmid, Handbuch § 8, 8; Sell, bedingte Tradition 8; Puchta, Pandekten § 148; Wächter, Pandekten § 131, 14; Holzschuher, Theorie § 106a Nr. 1; Pagenstecher, Eigenthum II. 194; Lang, Sachenrecht § 47, 3.

[4] Bayr. L.R. II. 3. 7 Nr. 2. „Soll ein titulus dominii translativus d. i. eine solche Ursache, durch welche man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt z. E. ein Tausch .... vorhanden sein." Dazu bemerkt Kreittmayr, Anm. 3: „die bloße Uebergabe transferirt das Eigenthum von einem auf den andern nicht sofern solche nicht titulo ad dominium transferendum habili geschieht". Durch diese Bestimmung scheint mir die Construktion der Tradition als dinglicher Vertrag ausgeschlossen zu sein. Dieß ist die Auffassung von Erk. München 6/10 1876 Sammlung VI. 160. Für das Immobiliarsachenrecht ist dieß außerdem dadurch zweifellos gemacht, daß nach Bayrischem Recht Tradition von Grundeigenthum nur auf Grund eines notariell abgeschlossenen Vertrags geschehen kann.

[5] Pr. L.R. I. 7. 58: „Durch Uebergabe wird der Besitz erlangt, wenn der bisherige Besitzer einer Sache sich derselben zum Vortheil eines andern entschlägt und dieser den erledigten Besitz ergreift. I. 9. 6: Geht aber das Eigenthum erst durch Erledigung des Besitzes von Seite des vorigen und durch Ergreifung des Besitzes von Seite des neuen Eigenthümers über, so heißt die Erwerbung mittelbar." Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung nehmen Förster, P. P.R. § 178, 7 und Dernburg, P. P.R. I. § 238, 10 an, daß nach Preußischem Recht der Eigenthumserwerb durch Tradition nur auf Grund eines geeigneten Titels erfolgen könne, diese also Erfüllung des Titels sei; den gleichen Standpunkt nehmen Baron, Abhandlungen 86 und Gruchot, Beiträge VIII. 420 ein; dagegen nehmen auch nach Preußischem Recht für die Tradition die Eigenschaft eines dinglichen Vertrags an Roloff, Erwerb des Eigenthums in Jur. W.Schr. 1846. 377; Koch, P. P.R. § 252; Förster Eccius § 160, 51; § 178, 7. Mir scheint, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die erste Meinung sich begründen läßt, obwohl wie Förster bemerkt, dieß nur als die Regel angesehen werden kann, da auch nach Preußischem Recht eine Condiktion gegeben sein kann.

Digitized by Google

dieſe maßgebend. Gemeinrechtlich[6] und nach Oeſterreichiſchem Recht[7] dagegen wird jetzt der Uebergabe die Bedeutung eines dinglichen Vertrags beigelegt, und es hat dieſe Conſtruktion im Sächſiſchen B.G.B. Aufnahme gefunden[8]. Dieſer Auffaſſung iſt durchaus zuzuſtimmen[9].

II. Vorausſetzungen des Uebergabsvertrags. Der Uebergabsvertrag ſetzt voraus:

1. Subjektive und objektive Möglichkeit der Uebertragung. Der Uebergeber muß veräußerungsfähig der Nehmer erwerbsfähig ſein[10], und der Veräußerung des Gegenſtandes darf kein rechtliches Hinderniß entgegenſtehen[11].

2. Regelmäßig kann nur der Eigenthümer Eigenthum übertragen[12]. Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers iſt wirkungslos[13], wenn nicht der Eigenthümer nachträglich einwilligt[14],

---

[6] Dafür ſprechen ſich aus Savigny, Syſtem III. 312 und Obligationenrecht II. 257 m; Windſcheid § 171, 3; Sintenis, C.R. § 48, 9; Strempel, justa causa 21; Meiſcheider, Beſitz 321; Achilles, Beiträge zur Lehre von der Auflaſſung in Gruchot, Beiträge XXI. 21 f.; Exner, Tradition 321, 8. Gegen dieſe Conſtruktion erklären ſich Lenz, Beſitz 56 und Bremer, Z. f. C.Pr. XX. 57, beide aus demſelben Grund, indem ſie die Tradition als Bemächtigung unter Zuſtimmung des bisherigen Eigenthümers definiren, alſo den Standpunkt einnehmen, der in Pr. L.R. I. 7. 58 oben Note 5 zum Ausdruck gelangt iſt.

[7] Der Beſtimmung Oeſterreich A.B.G.B. § 425: „der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dinglichen Rechte überhaupt können außer den in dem Geſetz beſtimmten Fällen nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden" ſteht der Annahme des dinglichen Vertrags nicht entgegen für den ſich für das Oeſterreichiſche Recht ausſprechen Unger, Ö. P.R. § 72, 30 § 93, 8 und Exner, Tradition 84, 118.

[8] Sachſen B.G.B. § 253. 254.

[9] Der oben Note 3 angeführten Anſicht ſteht l. 36 D. 41. 1 unten Note 34 beſtimmt entgegen, auch hätte in Conſequenz derſelben die Condiktionenlehre keinen Boden Exner, Tradition 321.

[10] Exner, Tradition 50; Bayr. L.R. II. 3. 7 Nr. 1; Sachſen B.G.B. § 254.

[11] l. 5 § 18 l. 36 pr. D. 24, 1; Exner, Tradition 73, 90.

[12] l. 20 pr. § 1 D. 41, 1; Exner, Tradition 58, 31; Pr. L.R. I. 10, 3; Förſter Eccius § 176, 16; Sachſen B.G.B. § 254; Oeſterreich A.B.G.B. § 254.

[13] l. 20 pr. D. 41. 1; Exner, Tradition 58, 32. Eine Ausnahme iſt in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts nach denjenigen Statuten begründet,

Digitized by Google

oder der Trabent nachträglich Eigenthümer wird [15], oder von dem Eigenthümer beerbt wird [16].

Ausnahmen sind begründet:

a. Gemeinrechtlich und nach Preußischem Recht wird durch Veräußerungen des Fiskus Eigenthum auch an solchen Sachen übertragen, die nicht in seinem Eigenthum stehen [17]. Das Gleiche gilt gemeinrechtlich für Veräußerungen des Regenten und seiner Gemahlin [18];

b. für Veräußerungen von Waaren oder beweglichen Sachen durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetrieb, an welchen, insoferne sie nicht gestohlen oder verloren waren, der redliche Er-

---

welche nach dem Grundsatz Hand muß Hand wahren die Vindikation von Mobilien gegen den gutgläubigen Erwerber ausschließen unten § 262, 6, welcher Grundsatz durch das D. H.G.B. für den Handelsverkehr unten Note 19 und theilweise im Oesterreichischen Recht angenommen ist unten Note 22.

[14] l. 9 § 4 D. 41. 1; Windscheid § 172, 3.

[15] Sachsen B.G.B. § 254. Dem Erwerber steht die exceptio doli gegen den Trabenten zu der die frühere Uebertragung nicht anerkennen will l. 17 D. 21. 2; l. 1 pr. D. 21. 3; l. 17 D. 23. 5; Windscheid § 172, 5; Förster Eccius § 178, 16.

[16] l. 73 D. 21. 2; l. 1 § 1 D. 21. 3; Gesterding, Eigenthum § 21, 3; Windscheid § 172, 8.

[17] l. 2. 3 Cod. 7. 37; Windscheid § 165, 6; Erk. Celle 1849 Sf. V. 108; Darmstadt 21/2 1852 Sf. IX. 263; Jena 15/8 1856 Sf. XXI. 13. Gegen die heutige Geltung erklärt sich Holzschuher, Theorie § 32, 20. Die Anwendbarkeit in Holstein ist bestritten dafür Erk. Kiel 4/8 1860 Sf. XIV. 207; Glückstadt 16/4 1852 Anz. 53, 90; dagegen Erk. Kiel 21/11 1846 Sf. V. 109. Ausgeschlossen ist sie in Bayern Roth, Bayr. C.R. (2) § 36, 19, in Württemberg nach Gesetz 4/3 1873 Lang, Sachenrecht § 47, 17, und Sachsen-Weimar durch Ges. 28/5 1847. Anerkannt ist der Grundsatz durch Pr. L.R. I. 15. 42; Förster Eccius § 180, 57. Es ist hier zwar nur ausgesprochen, daß die Vindikation ausgeschlossen sei, allein daß dadurch Eigenthum übertragen werde, wird auch nach Preußischem Recht angenommen Dernburg, P. P.R. I. § 188, 4; Koch, P. P.R. § 253. In den andern Landesrechten ist diese Bestimmung nicht angenommen.

[18] l. 3 Cod. 7. 37; Erk. Darmstadt 21/2 1852 Sf. IX. 263; Jena 23/2 1875 Sf. XXXII. 13. Die Ausdehnung ist anerkannt in Anhalt Bl. f. Thür. XXIII. 223. Ausgeschlossen ist sie in Bayern für das Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts Roth, Bayr. C.R. (2) § 35, 10 und in Württemberg Lang, Sachenrecht § 47, 17. Auch das Preußische Recht hat die Ausdehnung verworfen Koch, P. P.R. § 60. III. Die anderen Landesrechte haben die Bestimmung nicht aufgenommen.

Digitized by Google

werber Eigenthum erlangt, auch wenn der Trabent nicht Eigenthümer war[19];

c. für Papiere auf den Inhaber, durch deren Veräußerung oder Uebergabe der redliche Erwerber Eigenthum erhält[20];

d. in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts für bewegliche Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung erkauft worden sind, die damit in das Eigenthum des Erwerbers übergehen[21];

e. nach Oesterreichischem Recht für den Erwerb beweglicher Sachen in öffentlicher Auktion, für den Erwerb beweglicher Sachen von einem zum Handel mit Sachen dieser Gattung befugten Geschäftsmann und von einem Detentor, der die Detention der Sache mit dem Willen des Eigenthümers begonnen oder fortgesetzt hat[22], und für den Erwerb von beweglichen Erbschaftssachen von demjenigen, dem eine Erbschaft ausgeantwortet worden ist[23], indem in diesen Fällen der redliche Erwerber auch durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erwirbt;

f. nach Sächsischem, Preußischem und Oesterreichischem Recht für baares Geld und Papiergeld, welches in das Eigenthum des redlichen Erwerbers übergeht[24];

---

[19] D. H.G.B. Art. 306; Dernburg, P. P.R. I. § 188, 13; Goldschmidt, Handelsrecht (1) § 80. Durch Einf.Ges. zum H.G.B. § 30 ist in Bremen dieser Grundsatz generalisirt Post, P.R. II. 1. § 53, 6. Nach Oesterreichischem Recht gilt dieß auch für gestohlene und verlorene Sachen unten Note 22.

[20] D. H.G.B. Art. 307; Dernburg, P. P.R. I. § 188, 15; Randa, Eigenthumsrecht § 13, 40—42 und 45—48.

[21] Pr. L.R. I. 15. 42; Erk. München 29/4 1876 Sammlung VI. 23; Förster Eccius § 180, 57. Eine Ausnahme für gestohlene oder verlorene Sachen ist hier nicht gemacht. Die Bestimmung Pr. L.R. I. 15. 43, welche dieß auf Sachen ausdehnt, die in Läden der Gilde angehöriger Kaufleute gekauft sind, ist durch die Veränderung unserer Gewerbegesetzgebung hinfällig geworden Förster Eccius § 180, 58. Auch hier wird Uebergang des Eigenthums auf den Erwerber angenommen vgl. Note 17.

[22] Oesterreich A.B.G.B. § 367; Exner, Tradition 67. Es gilt dieß auch für gestohlene und verlorene Sachen.

[23] Oesterreich A.B.G.B. § 823, 824; Exner, Tradition 69; Randa, Eigenthumsrecht § 13, 17—35.

[24] Sachsen B.G.B. § 296; Oesterreich A.B.G.B. § 371; Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII. 289; Randa, Eigenthumsrecht § 13, 37. 39; Pr. L.R. I. 15. 45. 46 Förster Eccius § 180, 51. Nach letzterem wird überdieß entgeltliche

Digitized by Google

g. nach der Deutschen Wechselordnung wird der wechselrechtlich legitimirte Inhaber Eigenthümer des Wechsels, den er in gutem Glauben und nicht mit grober Fahrläßigkeit erworben hat[25].

3. Der Uebergabsvertrag setzt Willensübereinstimmung der Contrahenten voraus[26]. Diese braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, es genügt, wenn sie sich aus den Umständen ergibt[27]. Die Willensübereinstimmung muß sich erstrecken

a. auf den Gegenstand. Der Wille muß in der Art auf eine bestimmte Sache gerichtet sein, daß der Trabent diese übertragen, der Erwerber diese nehmen will[28];

b. auf die Person des Erwerbers. Es ist für den Uebergabsvertrag nicht wesentlich, daß der Wille des Gebers auf einen individuell bestimmten Erwerber gerichtet sei[29]; soweit jedoch die Willensrichtung auf eine bestimmte Person geht, wird nur dieser Eigenthum erworben[30];

c. der Uebergabsvertrag setzt einen denselben rechtfertigenden Grund voraus (justa causa traditionis)[31]. Ueber die Bedeutung

---

Erwerbung vorausgesetzt. Gemeinrechtlich gilt dieser Grundsatz nicht, das baare Geld ist vielmehr der Vindikation unterworfen, solange es unterscheidbar beim Besitzer vorhanden ist l. 11 § 2 l. 14 D. 12. 1; Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII. 240, 30; Lang, Sachenrecht § 58, 1.

[25] D. W.O. Art. 36. 74.

[26] Exner, Tradition 53, 10; die Willensübereinstimmung muß auf Eigenthumsübertragung gerichtet sein Förster Eccius § 178, 17; Gruchot VIII. 425; Vangerow § 311 Anm. 3 S. 573; Wächter, Pandekten § 131, 13.

[27] Windscheid § 172, 16; Exner, Tradition 53, 21.

[28] l. 2 § 6 D. 41. 4; Exner, Tradition 270; Windscheid § 172, 14.

[29] Exner, Tradition 53, 278. Es findet dieß Anwendung beim jactus missilium l. 9 § 7 D. 41. 1; Exner, Tradition 12, 25; Windscheid § 172, 11.

[30] l. 52 § 21 D. 47. 1; Windscheid § 172, 5; Exner, Tradition 279, 84. 88; Förster Eccius § 178, 20.

[31] l. 31 pr. D. 41. 1; Windscheid § 172, 5; Exner, Tradition 317—337; Bayr. L.R. II. 3. 7 Nr. 2; Pr. L.R. I. 10. 1. 2 Förster Eccius § 178, 7; Oesterreich A.B.G.B. § 424. In Sachsen B.G.B. § 253 ist die justa causa als Voraussetzung des Eigenthumsübergangs nicht mehr aufgeführt. Das Preußische Landrecht und Oesterreichische G.B. bezeichnen als Titel Vertrag, Gesetz und Richterspruch, vgl. darüber Förster Eccius § 178, 8; Gruchot, Beiträge VIII. 420. Ueber justa causa vgl. Warnkönig, A. f. C.Pr. VI. 111; Dernburg, A. f. C.Pr. XL. 1; Strempel, über justa causa 1856; Mayer, die justa causa 1871; Hofmann, die Lehre vom titulus und modus acqui-

Digitized by Google

dieser Voraussetzung sind die Meinungen getheilt je nach Verschiedenheit der Auffassung der juristischen Natur der Uebergabe. Nach der älteren Meinung ist sie das Rechtsgeschäft, welches durch die Uebergabe erfüllt wird[32]; nach der Ansicht, welche die Uebergabe als dinglichen Vertrag definirt, ist sie das Erkennungszeichen des Uebereignungswillens[33]. Der Rechtsgrund kann mit der Uebergabe zusammenfallen oder dieser vorausgehen[34], allein es ist weder erforderlich, daß der Rechtsgrund an sich begründet sei[35], noch daß die Contrahenten den gleichen Rechtsgrund im Sinne haben[36], und es ist ohne Einfluß, wenn sie hinsichtlich des Rechtsgrundes in einem Irrthum sich befinden[37], wenn nur ihre Absicht auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist[38].

---

rendi 1873. 46 f.; Bernhöft, der Besitztitel im römischen Recht 1875; Lotmar, über causa 1875.

[32] S. die oben Note 3 Angeführten vgl. darüber Exner, Tradition 318 f.

[33] Savigny, O.R. II. 259; Warnkönig, A. f. C.Pr. VI. 111; Strempel, justa causa § 22; Windscheid § 172, 16a; Unger, Ö. P.R. § 72, 30; Erk. Celle 11/12 1877; Sf. XXXIII. 108. Neuerdings definirt sie Exner, Tradition 337 negativ als das Erforderniß des Nichtvorhandenseins von Verhältnissen, welche den Eigenthumsübergang verhindern.

[34] Gesterding, Eigenthum 125, 6; Schmid, Handbuch § 8, 8.

[35] Lang, Sachenrecht § 47, 28; Förster Eccius § 178, 24.

[36] l. 36 D. 41. 1. Die entgegengesetzte Entscheidung enthält l. 18 pr. D. 12. 1. Es ist nicht möglich den Widerspruch dieser Stellen zu lösen, und es wird daher jetzt angenommen, daß aus Versehen die widersprechenden Ansichten von Julian und Ulpian Aufnahme gefunden haben Brinz, Pandekten (2) § 150, 37; Vangerow § 311 Anm. 3; s. die Literatur über diese Streitfrage bei Vangerow § 311 Anm. 3; Arndts § 145, 5; Windscheid § 172, 15; Hofmann, zur Lehre vom titulus 91, 77. Ueberwiegend wird jetzt die Ansicht Julians in l. 36 D. 41. 1 als geltend angenommen, so schon von Kreittmayr, Anm. 3c zu Bayr. L.R. II. 3. 7; Windscheid § 172, 15; Arndts § 145, 5; Vangerow § 311 Anm. 3; Sintenis § 172, 15; Wächter, W. P.R. II. § 102, 3. Das Gleiche bestimmt Sachsen B.G.B. § 256, und es wird für das Preußische Recht angenommen von Förster Eccius § 178, 23; ebenso für das Oesterreichische Recht Exner, Tradition 77, 104. Neuerdings suchen die gegentheilige Ansicht zu begründen Hofmann, titulus § 7; Bernhöft, Besitztitel 64 und für das Oesterreichische Recht Exner, Eigenthumsrecht § 11, 58.

[37] l. 15 § 1 D. 12. 6; Seuffert § 132, 4; Erk. Wiesbaden 7/6 1853 Sf. X. 231; Bayr. L.R. II. 3. 7 Nr. 5; Förster Eccius § 178, 23; Sachsen B.G.B. § 256.

[38] Erk. Celle 7/11 1860 Sf. XV. 90; 11/12 1877 Sf. XXXIII. 108; Rostock 5/11 1863 Sf. XIX. 122.

Digitized by Google

4. Der Uebergabsvertrag kann unter einer Bedingung oder Befristung geschlossen werden[39]. Bestritten ist, welche Bedeutung beim Kaufvertrag die Nebenverabredung des Eigenthumsvorbehalts (pactum reservati dominii)[40] habe, indem die einen ihm die Bedeutung einer Suspensivbedingung[41] die andern die einer Resolutivbedingung beilegen[42], während eine dritte Meinung dahin geht, es komme auf die Absicht der Partheien in dem einzelnen Fall an[43].

III. Form. Zur Perfektion des Uebergabsvertrags ist Besitzübertragung an den Erwerber nach den für den Besitzerwerb geltenden Regeln erforderlich; es ist dieß die zur Perfektion des Vertrags genügende Form[44]. Die Besitzübertragung kann bestehen in körperlicher Uebergabe und Ergreifung[45], Uebergabe von

---

[39] Exner, Tradition 57; Windscheid § 172, 17.

[40] Vgl. über den Eigenthumsvorbehalt Glück, Commentar XVI. 229; Goldschmidt, H.R. I. 81, 29; Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum 1843 Nr. 4; Windscheid § 172, 18; Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 5. Für unzulässig erklären denselben Württemberg Pf.G. Art. 16; Weimar Pf.G. § 60; Oldenburg Mobiliar Pf.G. Art. 31; Braunschweig Mobiliar Pf.G. § 18.

[41] Schmid, Handbuch § 8, 77; Bangerow § 311 Anm. 2; Arndts § 145, 6; Wächter, Pandekten § 131; Randa, Eigenthumsrecht § 11, 29. Dieß ist angenommen Bayr. L.R. IV. 3. 10 Nr. 3 Erk. München 23/6 1879 Sammlung VII. 329, und Sachsen B.G.B. § 292.

[42] Müller, A. f. C.Pr. XII. Nr. 13; Hoffmann, A. f. C.Pr. XVIII. 254; Leonhardt, Rechtsverhältnisse 221; Windscheid § 172, 18a. Dieß ist angenommen Pr. L.R. I. 11. 266; Förster Eccius § 126, 18.

[43] Sintenis, C.R. § 49, 21; Exner, Tradition 57, 29; dieß ist die Stellung des Württembergischen Rechts Lang, Sachenrecht § 48, 4. Die ältere Ansicht, welche das pactum reservati dominii als Vorbehalt eines speciellen Pfandrechtstitels auffaßt, ist widerlegt von Leonhardt, Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum 224 und ist gemeinrechtlich jetzt allgemein aufgegeben s. Holzschuher, Theorie § 105 Nr. 6; Förster Eccius § 126, 28; Regelsberger, H.R. § 54, 24. Indeß hat sie für Immobilien in unseren Hypothekenordnungen vielfältig Aufnahme gefunden vgl. unten § 299, 25, und gilt für Mobilien nach Württemberg Pf. E.G. Art. 16 und Anhalt Mobiliar Pf. G. § 4.

[44] Windscheid § 171, 3; Pr. L.R. I. 10. 1; Förster Eccius § 178, 4. 7; Sachsen B.G.B. § 253; Oesterreich A.B.G.B. § 425.

[45] Diese kann bestehen in körperlicher Uebergabe des Tradenten oben § 227, 67, oder in einem Gestatten der Besitzergreifung durch den Erwerber oben § 227, 56; Schmid, Handbuch § 8, 42; Windscheid § 172, 20.

Digitized by Google

kurzer Hand[46], Uebergabe durch Constitutum possessorium[47], und in der Erklärung des Tradenten, daß der bisherige Besitzer nunmehr Eigenthümer sei[48].

IV. Wirkung. Mit der Tradition geht das Eigenthum der Sache auf den Erwerber über, gemeinrechtlich jedoch nicht immer beim Kauf, indem bis zu erfolgter Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum dem Tradenten bleibt, wenn nicht der Kaufpreis creditirt oder für die Zahlung Sicherheit angenommen ist[49]. Die neueren Landesrechte haben diesen Grundsatz nicht anerkannt[50].

Abweichend von den aufgeführten Grundsätzen bestimmt das französische Recht, daß das Eigenthum an Mobilien mit der Perfektion des Vertrags übergeht[51] ohne daß Tradition erforderlich wäre. Die Tradition gewährt nur ein Vorzugsrecht dann, wenn jemand ein Fahrnißstück zweien Personen nach einander zugesagt hat, indem hier derjenige Eigenthum erwirbt, der in den wirklichen Besitz der Sache gesetzt ist[52].

---

[46] Schmid, Handbuch § 8, 38; Windscheid § 172, 21. Vgl. oben § 227, 65.

[47] Schmid, Handbuch § 8, 39; Windscheid § 172, 21. Vgl. oben § 227, 57.

[48] l. 21 § 1 D. 41. 1 Exner, Tradition 21. 72. 86; Gesterding, Eigenthum § 22, 2; Windscheid § 172, 22; Erk. München 7/11 1877 Sammlung VII. 15.

[49] § 41 Inst. 2. 1; l. 19. 53 D. 18. 1; Cropp in Heise und Cropp I. 425; Exner, Tradition 338; Bayr. L.R. IV. 3. 10 Nr. 6.

[50] Er ist beseitigt in Preußen Förster Eccius § 125, 75; Dernburg, P.P.R. I. § 238, 14; Sachsen B.G.B. § 1094; Oesterreich A.B.G.B. § 1063; Randa, Eigenthumsrecht § 11, 28 und für Mobilien in Württemberg Pf. E.G. Art. 16; Lang, Sachenrecht § 47, 34. 36; Weimar Pf. G. § 60; Oldenburg Mobiliarpfandgesetz Art. 31.

[51] C. c. Art. 711. 1138. 1583; Zachariä § 180, 1; Aubry § 174, 1.

[52] C. c. Art. 1141; Zachariä § 180, 5; Aubry § 174, 7. Die Ausschließung der Vindikationsklage gegen den gutgläubigen Erwerber von Mobilien, welche nicht verloren oder gestohlen sind, hat nach französischem Recht für diese die Wirkung des Eigenthumserwerbs vgl. unten § 262, 24.

Digitized by Google

Abtheilung 2.

Eigenthumsübertragung an Immobilien.

§ 255.

Uebersicht.

Nach dem Deutschen Recht war der Grundsatz, daß die Uebertragung von Grundeigenthum durch ein Geschäft unter Lebenden einen Formalakt (Auflassung) voraussetze, von jeher anerkannt [1]. Dieser gestaltete sich jedoch nach der Zeitfolge ganz verschieden, weßhalb die einzelnen Perioden zu unterscheiden sind.

In der älteren Zeit vor der Periode der Rechtsbücher erfolgte die Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken in zwei Handlungen, traditio (Sala) und investitura. Die Sala ist der Veräußerungsvertrag nämlich die vor Zeugen [2] ursprünglich auf dem Grundstück selbst [3] unter Anwendung von Symbolen abgegebene Erklärung des Veräußerers, daß er das Eigenthum übertrage; die investitura ist die Einweisung in den Besitz, welche gleichfalls unter symbolischen Formen auf dem Grundstück selbst vollzogen wurde [4]. Ursprünglich war die Investitur eine reale, regelmäßig von der Sala zeitlich getrennt [5]; seit Mitte des 9. Jahrhunderts wurde

---

[1] Für die geschichtliche Entwicklung ist jetzt maßgebend die bahnbrechende Darstellung von Stobbe, die Auflassung des deutschen Rechts in Ihering, Jahrb. XII. 138—272; die Literatur ist vollständig zusammengestellt bei Stobbe, P.R. § 94, 1. Anzuführen sind namentlich Albrecht, Gewere 63—78; Beseler, E.R. I. 19—47; Sandhaas, germanistische Abhandlungen 1—77; Laband, vermögensrechtliche Klagen 1869; Sohm, zur Geschichte der Auflassung 1879; Randa, Eigenthumsrecht § 18.

[2] Die traditio erfolgte auch schon in der älteren Zeit zuweilen in der Gerichtsversammlung, es war dieß jedoch nur fakultativ. Die ältere Meinung, welche schon für die älteste Zeit behauptet, daß die Auflassung nothwendig eine gerichtliche sein mußte, ist zuerst von Beseler, E.R. I. 19—47 widerlegt und jetzt allgemein aufgegeben Stobbe, Auflassung 144.

[3] Es finden sich indessen schon in dieser Zeit häufig Fälle, in welchen die traditio in der Kirche bei einer Volksversammlung oder vor Gericht vorgenommen wurde Stobbe, P.R. § 94, 11. 12.

[4] Die Investitur enthält die Auflassung, indem dabei der Besitzverzicht mit Halm und Mund (exfestucatio resignatio) ausgesprochen wurde Stobbe, P.R. § 94, 5; Sohm, Auflassung 86.

[5] Wurde die traditio auf dem Grundstück selbst vorgenommen, so bildete

Digitized by Google

mit der Sala eine symbolische Investitur verbunden, indem der Veräußerer unter den für die investitura üblichen Formen den Auflassungswillen erklärte[6]. Ob das Eigenthum schon durch die Tradition oder erst mit der Investitur auf den Erwerber übergegangen sei, ist bestritten[7].

Zur Zeit der Rechtsbücher war zwar der Grundsatz, daß die Uebertragung von Grundeigenthum Auflassung voraussetze unverändert erhalten, allein diese gestaltete sich insoferne nach Gegenden verschieden, als in einzelnen Rechtsgebieten die gerichtliche Auflassung sich ausbildete, während in anderen die außergerichtliche Auflassung erhalten blieb. Der Grundsatz, daß die Auflassung zu ihrer Giltigkeit einen Gerichtsakt voraussetze, war indessen nicht einmal in dem Rechtsgebiet des sächsischen Rechts allgemein anerkannt[8]; in den Rechtsgebieten der anderen Stammesrechte war

---

die investitura mit ihr einen einheitlichen Akt; allein dieß war nicht der Regelfall oben Note 3.

[6] Sohm, Auflassung 90. Eine besondere Art symbolischer Investitur war die Uebertragung durch Uebergabe der Veräußerungsurkunde Stobbe, P.R. § 94 Nr. 3.

[7] Die letztere Ansicht war früher vertreten von Albrecht, Gewere 65 und Sandhaas, Abhandlungen 52. Dagegen lassen Beseler, P.R. § 90, 5 und Stobbe, Auflassung 161 P.R. § 94, 15 schon mit der traditio das Eigenthum übergehen, während Sohm Auflassung 100 dieß nur für die Sala mit symbolischer nicht für die Sala mit realer Investitur zugeben will.

[8] Früher wurde auf Grund der Bestimmung Ssp. I. 52. 1 angenommen, daß nach Sächsischem Recht zur Zeit der Rechtsbücher Eigenthum an Immobilien nur durch gerichtliche Auflassung im Echteding übertragen werden konnte Beseler, E.V. I. 43. 59. Allein dieß entbehrt der Begründung. Zuerst wurde von Laband vermögensrechtliche Klagen 305—319 nachgewiesen, daß die gerichtliche Auflassung auch in Sachsen nicht allgemein die Voraussetzung der rechten Gewere gebildet habe, dieses vielmehr nur nach einzelnen Rechten der Fall gewesen sei, und es ist dieß von Bulowius, utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione sollenni in judicio facta opus fuerit 1870 im Einzelnen weiter ausgeführt. In der Hauptsache stimmt damit Stobbe, Auflassung 167—179 überein, indem er zugibt, daß in einer Reihe von Städten des sächsischen Rechtsgebiets die rechte Gewere nachweisbar auch ohne gerichtliche Auflassung entstehen das dingliche Recht also durch einen Privatakt übertragen werden konnte. Neuerdings hat Sohm, Fränkisches Recht 41 f. die gegentheilige Ansicht wieder zu begründen gesucht, ohne daß mir dadurch die Ausführung von Laband und Stobbe widerlegt scheint. Ich muß namentlich darauf hinweisen, daß in den

Digitized by Google

er nur vereinzelt durchgedrungen [9]. Die gerichtliche Auflassung findet sich in dieser Zeit in doppelter Form, theils durch Erklärung des Autors, daß er sein Recht auf den Erwerber übertrage und gerichtliche Bestätigung [10], theils durch Uebertragung des Eigenthums auf den Richter und Rückübertragung von Seite des letzteren auf den Erwerber [11]. Die gerichtliche Auflassung, die ursprünglich immer bei dem Gericht der gelegenen Sache vorgenommen werden mußte [12], konnte später auch vor dem Stadtrath erfolgen [13], und wurde, wo solche bestanden, in die Stadtbücher eingetragen [14]. Sie bewirkte Eigenthumsübergang auf den Er-

---

Rechtsgebieten, in welchen der Ssp. noch geltendes Recht war, wie in Kursachsen, das Erforderniß der gerichtlichen Auflassung im 17. Jahrhundert nicht allgemein anerkannt war, und daß es in Holstein im Rechtsgebiet des sächsischen Rechts ganz beseitigt wurde.

[9] Die Bestimmungen des Dsp. 25 und Swsp. 22, sowie des Kl. Kayserrechts II. 92 lassen entnehmen, daß das Erforderniß gerichtlicher Auflassung zur Eigenthumsübertragung nach der Meinung der Verfasser nicht anerkannt war Stobbe, Auflassung 179. Entscheidend ist, daß sich in süddeutschen Stadtrechten die gerichtliche Auflassung nur ganz sporadisch findet, so in München und Bamberg Stobbe, Auflassung 181, 112. 113, daß vielmehr zahlreiche Zeugnisse für die Zulässigkeit außergerichtlicher Auflassung vorliegen Stobbe, Auflassung 180, 108 f., Randa, Eigenthumsrecht § 18, 17. 18, und daß das in Süddeutschland weit verbreitete Institut der rechten Gewere dort nirgends gerichtliche Auflassung zur Voraussetzung hatte Laband, vermögensrechtliche Klagen 313, 55.

[10] Ueber das Verfahren vgl. Stobbe, Auflassung 188—193 und P.R. § 94, 21—23. Es findet sich diese Form namentlich in dem Magdeburger Stadtrecht mit seinen Töchterrechten und einer Reihe von ostfälischen und westfälischen Stadtrechten Stobbe, Auflassung 178. 179; Laband, vermögensrechtliche Klagen 315—320.

[11] Stobbe, Auflassung 193—199 und P.R. § 94, 24. Dieß ist die Grundlage der noch in dem späteren sächsischen Recht erhaltenen Allodialinvestitur vgl. unten § 258, 5. Sie findet sich früher auch in Frankreich in den sog. pays de nantissement unten Note 59.

[12] Stobbe, Auflassung 183, 118. 119.

[13] An vielen Orten wurde die Competenz auf den Stadtrath übertragen, an anderen Orten hatte er eine mit der die Gerichte concurrirende Competenz Stobbe, Auflassung 183—188.

[14] Stobbe, Auflassung 205—208. Die Eintragung lieferte vollen Beweis der Auflassung; nach einzelnen Rechten war der Eigenthumsübergang von der Eintragung bedingt Stobbe, Auflassung 208 und P.R. § 94, 28.

Digitized by Google

werber und Anspruch auf Besitzeinweisung[15]. In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen das Erforderniß der gerichtlichen Auflassung nicht ausgebildet war, erfolgte die außergerichtliche Auflassung vor Zeugen[16], oder auch durch Ausstellung von Urkunden[17]. Der Rechtszustand in Deutschland war demnach schon zur Zeit der Reception des römischen Rechts ein zerklüfteter, indem innerhalb des Rechtsgebiets desselben Stammesrechts theils die gerichtliche Auflassung theils die außergerichtliche Auflassung geltendes Recht war[18].

Mit Reception des römischen Rechts wurden im Allgemeinen die Grundsätze desselben auch für die Eigenthumsübertragung von Immobilien maßgebend[19]. Zwar blieb auch jetzt das ältere Recht in manchen Rechtsgebieten erhalten[20], namentlich da, wo es durch gesetzliche Feststellung[21] oder durch Einführung von Grundbüchern gesichert war[22]; aber auch da, wo das Auflassungsprincip dem gemeinrechtlichen Traditionsprincip hatte weichen müssen, hatte das letztere durch die Gesetzgebung mannigfache Modifikationen erfahren, indem durch diese vielfach Formvorschriften für den der Tradition zu Grund liegenden Veräußerungsvertrag gegeben wurden, deren Beobachtung nach manchen Rechten die Voraussetzung der giltigen Tradition bildete[23], während nach anderen dieß allerdings nicht der Fall war[24].

---

[15] Der Erwerber hatte Anspruch auf Besitzeinweisung Stobbe, P.R. § 94, 23, konnte sich aber auch selbst in den Besitz setzen Stobbe, Auflassung 199.

[16] Stobbe, Auflassung 180; Randa, Eigenthumsrecht § 18, 17.

[17] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 18.

[18] So im Rechtsgebiet des Sächsischen Rechts Stobbe, Auflassung 178.

[19] Stobbe, Auflassung 212. 232.

[20] S. die Uebersicht bei Stobbe, Auflassung 229. Es gilt dieß nur für die gerichtliche Auflassung; die außergerichtliche Auflassung wich nach Reception des römischen Rechts der Tradition.

[21] Es war dieß namentlich der Fall in Lübeck und Hamburg, Churköln und Jülich-Berg Stobbe, Auflassung 229. 230.

[22] Z. B. in München, wo der Bestand der Grundbücher der Regelung durch die Gesetzgebung lange vorangieng Roth, Bayr. C.R. (1) § 176, 29.

[23] Es gehören dahin die unten § 258, 13 aufgeführten Statuten, nach welchen die Tradition nur auf Grund eines gerichtlich bestätigten Vertrags giltig vorgenommen werden kann Stobbe, Auflassung 227, 242. Auf diesem Standpunkt steht noch jetzt das Bayrische Recht unten § 256.

[24] Stobbe, Auflassung 224. 227; Roth, Bayr. C.R. (1) § 136, 50. 51.

Digitized by Google

Erst seit der Mitte des 17. Jahrhunderts trat eine rückläufige Bewegung ein, welche die Wiederherstellung des Auflassungsprincips einleitete[25], wobei sich für die Auflassung vier Hauptformen ausbildeten, die gerichtliche Auflassung im eigentlichen Sinn (Verlassung)[26], die Allodialinvestitur[27], die gerichtliche Vertragsbestätigung[28], und die Eintragung in das Grundbuch[29]. Durch die

---

[25] Von wesentlichem Einfluß war die sächsische Gesetzgebung, welche durch Dec. 61. von 1661 die in der Praxis bestehende Meinungsverschiedenheit dahin beschied: „daß hinfüro eine Extrajudicialübergabe und Einräumung eines unbeweglichen Stück Gutes nicht für genugsam zu halten, sondern nach üblichem Gerichtsgebrauch und Art zu reden die Lehen auf vorgehende des vorigen Possessores Auflassung vermittelst des Lehenherrn auf dem Land und in Städten gerichtlich erlangt werden solle." Dieses Vorgehen der sächsischen Gesetzgebung war von Einfluß auch auf die Preußische Gesetzgebung Dernburg, P. P.R. I. § 190, 8. Das Edikt 28/9 1693 für die Städte Cölln und Berlin machte die Giltigkeit jeder Besitzveränderung sogar der erbrechtlichen von der Eintragung in das Grundbuch abhängig. Ebenso war in dem Landrecht für das Königreich Preußen die Eintragung von Immobiliarveräußerungen in das Grundbuch vorgesehen. In der Hypotheken- und Konkursordnung von 1772 wurde bei Veräußerungen die Eintragung des Besitztitels bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben; das Gleiche geschah in der Hypothekenordnung 4/8 1750 § 4. In der Hypothekenordnung 20/12 1783. II. 55 und 99 endlich war die Erwerbung des Eigenthums von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig gemacht, und der hier eingetragene für den wahren Eigenthümer erklärt. Erst durch die Bestimmung Pr. L.R. I. 10. 1 und I. 11. 124—126, daß zur Erwerbung des Eigenthumes Tradition erforderlich sei und die Anwendung die dieselbe in der Praxis fand, wurde die Rückkehr zum Traditionsprincip herbeigeführt; vgl. über diese Entwicklung Achilles, Ges. 51; Stobbe, Auflassung 244.

[26] Es ist dieß die Form, welche der Gestaltung der gerichtlichen Auflassung in der Periode der Rechtsbücher entspricht, und die zuletzt in den Hanseatischen und Mecklenburgischen H.O. erhalten war. Vgl. unten § 258, 2. Dadurch daß sie in der Hauptsache durch die neue Preußische Grundbuchgesetzgebung aboptirt worden ist, ist sie neuerdings zu der in Deutschland herrschenden geworden.

[27] Es ist dieß die Form, die für das sächsische Recht durch Dec. 61 von 1661 anerkannt wurde und bis zur Umgestaltung durch die Gesetzgebung von 1843 in Sachsen und den sächsischen Herzogthümern geltendes Recht war vgl. unten § 258. II. Jetzt ist diese Form in keinem Landesrecht mehr vorhanden, da sie überall durch Eintragung des Veräußerungsvertrags in das Hypothekenbuch ersetzt ist.

[28] Vgl. unten § 258, 13. Diese Form unterschied sich dadurch, daß der obrigkeitlichen Bestätigung des Vertrags die Wirkung der gerichtlichen Auf-

Digitized by Google

Gesetzgebung der neuesten Zeit endlich hat sich nicht nur das Rechtsgebiet der gerichtlichen Auflassung wesentlich erweitert[30], sondern diese auch auf zwei Formen zurückgeführt, die Auflassung durch Consens[31] und die Auflassung durch Eintragung des Veräußerungsvertrags in das Grundbuch[32]. Dagegen ist das Traditionsprincip nur in wenigen deutschen Landesrechten erhalten[33]. Völlig verschieden von der in Deutschland ist die Gestaltung der Eigenthumsübertragung von Immobilien in Oesterreich[34], sowohl was den äußeren Verlauf als was den Inhalt der Rechtsentwicklung betrifft. Während das deutsche Rechtsinstitut, ursprüng-

---

lassung beigelegt wurde Stobbe, Auflassung 226, 241. Jetzt findet sich diese Form nicht mehr.

[29] Diese Form gilt jetzt in dem einen Theil der Landesrechte unten Note 32. Sie findet sich schon im vorigen Jahrhundert, z. B. in den verschiedenen Preußischen Hypothekenordnungen, welche die Wirkung des Veräußerungsvertrags von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machten oben Note 25.

[30] Seit der Durchführung der Preußischen Grundbuchgesetze ist die gerichtliche Auflassung in zwei Drittheilen des Rechtsgebiets in Deutschland geltendes Recht geworden vgl. oben § 253, 1.

[31] In der Hauptsache stimmt das System des Preußischen Eigenthumserwerbsgesetzes mit dem in den Hansestädten und der Mecklenburgischen Stadtbuchordnung geltenden überein, und kann demnach als das System der Auflassung durch Consens bezeichnet werden vgl. unten § 258. I. und § 260, 4—29. Das Rechtsgebiet der Auflassung durch Consens ist dadurch das ausgedehnteste, indem es nach dem Bevölkerungsstand von 1880 etwa 25 Millionen Einwohner also 5/6 des ganzen Rechtsgebiets der gerichtlichen Auflassung umfaßt.

[32] Es ist dieß das sog. Legalitätsprincip das in den unten § 260, 30—38 aufgeführten Rechten zur Anwendung kommt. Die dazu gehörenden Rechte haben ein Rechtsgebiet von beiläufig 5 Millionen Einwohner, also ein Sechstel des ganzen Rechtsgebiets der gerichtlichen Auflassung.

[33] Vgl. unten § 256. Das Rechtsgebiet des Traditionsprincips umfaßt eine Bevölkerungszahl von etwa 6,700,000 Einwohnern.

[34] Vgl. Randa, Entwicklung der öffentlichen Bücher in Oesterreich in Grünhut, Zeitschrift VI. 81 folg. und Randa, Eigenthumsrecht § 18. Es sind dieß erschöpfende Darstellungen der Entwicklung, deren Verlauf bisher in Deutschland wenig berücksichtigt wurde. Die Darstellung im Eigenthumsrecht § 18 ist größtentheils dem Aufsatz in Grünhut VI. 81 entnommen. Die Literatur über das Landtafelwesen gibt Randa, Eigenthumsrecht § 18, 3. Die Darstellung von Randa ist in einzelnen Punkten angefochten von Czylharz, zur Geschichte des bücherlichen Besitzes in Grünhut, Zeitschrift X. 263 folg.

Digitized by Google

lich im Grundprincip einheitlich gestaltet, im Mittelalter in zahllose Statuten zerklüftet mit Reception des römischen Rechts größtentheils von diesem verdrängt, und erst in neuester Zeit durch die Preußische Gesetzgebung für den größeren Theil von Deutschland wieder hergestellt wird, hat sich das Oesterreichische Grundbuchrecht von einem Centralpunkt aus über die ganze Monarchie verbreitet in der Gestaltung, die es in diesem Centralpunkt erhalten hatte. Seinem Inhalt nach unterscheidet sich das Oesterreichische Grundbuchrecht schon in seiner früheren Gestaltung dadurch von dem deutschen Institut, daß es schon in seinen ersten Anfängen das Schwergewicht nicht auf die Auflassung sondern auf die Eintragung legt, für welche sich schon im 14. Jahrhundert die Principien ausgebildet finden, welche in der deutschen Gesetzgebung erst in einem verhältnißmäßig späten Stadium zur Anerkennung gelangen[35]. Den Mittelpunkt der Rechtsentwicklung bildet das Institut der Landtafeln, das sich zunächst in Böhmen Mähren und Oesterreichisch-Schlesien ausbildete[36]. Die Böhmischen Landtafeln waren ursprünglich bei den Gaugerichten geführte Sammlungen von Gerichtsakten[37], seit der Mitte des 13. Jahrhunderts wurden sie zugleich das Grundbuch für alle freien Güter[38]. Seit Mitte des 14. Jahrhunderts konnten Eigenthum und dingliche Rechte an freien Gütern nur durch Eintragung in die Landtafel erworben werden[39]. Die Eintragung erfolgte nach chronologischer

[35] Das Böhmisch-mährische Recht hat schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts das Princip der Publicität und Specialität vollständig durchgeführt und die publica fides der Landtafel anerkannt unten Note 41—47.

[36] Die Entwicklung der Böhmischen Landtafel zum Grundbuch setzt Randa in die Mitte des 13. Jahrhunderts, während Czylharz und Krasnopolski die materielle Bedeutung des Eintrags erst in einer späteren Periode anerkennen wollen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 28. In Mähren und Oesterreichisch Schlesien findet sich die gleiche Einrichtung wie in Böhmen, und es ist in Mähren die constitutive Bedeutung der Eintragung seit 1359 allgemein anerkannt vgl. Randa, Eigenthumsrecht § 18, 28 und 38—41.

[37] Es wurden hier die Hauptergebnisse der Processe eingetragen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 31. Ebenso dienten sie auch als Archiv für die wichtigsten Staatsakte und blieben dieß bis in das 17. Jahrhundert Randa, Eigenthumsrecht § 18, 37.

[38] Später wurden die Landtafeln nur für die ständischen Güter geführt Randa, Eigenthumsrecht § 18, 32.

[39] Für Mähren ist dieß durch die Landtafelinstruktion Carl IV. von

Digitized by Google

Reihenfolge [40] in der Regel unter bestimmter Angabe der Grundstücke (Specialität [41]) und des Rechtsgeschäfts [42] auf persönliche Erklärung der Partheien [43] vor dem versammelten Landrecht [44], und setzte Prüfung des Dispositionsrechts des Veräußernden und des Rechtstitels voraus [45]. Die Eintragungen genoßen öffentlichen Glauben [46] und waren formell unanfechtbar [47]. Die materielle Ungiltigkeit konnte binnen 3 Jahren und 18 Wochen von der Inskription an vermittelst der Obporklage geltend gemacht werden [48]. Die Einrichtung der Landtafel wurde im 15. und 16. Jahrhundert wenig geändert [49]. Eine wesentliche Umgestaltung erfuhr sie im 17. Jahrhundert durch Zulassung der Eintragung auf Grund der Vorlegung von Urkunden ohne persönliches Erscheinen der Betheiligten [50] und Ende des 18. Jahrhunderts durch Einführung des Hauptbuchs [51]. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts wurde

---

1359 außer Zweifel gestellt Czylharz in Grünhut X. 272, 9; Randa, Eigenthumsrecht § 18, 44. Da in dieser auf die böhmische Observanz Bezug genommen ist, so nimmt Randa an, daß auch in Böhmen in dieser Zeit der Eintragungszwang anerkannt gewesen sei, was von Anderen in Zweifel gezogen wird, so von Czylharz in Grünhut, Z. X. 269. 4a.

[40] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 49.

[41] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 48. Es kommen jedoch auch Generalverpfändungen vor.

[42] Dem Eintragungszwang unterlagen Veräußerungen und Verpfändungen von Immobilien und auf solche bezügliche letztwillige Verfügungen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 44.

[43] Urkunden und Stellvertreter waren ursprünglich ausgeschlossen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 50.

[44] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 51; später trat an dessen Stelle der Landtafelbeamte.

[45] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 52.

[46] Die Landtafeln waren für Jedermann zugänglich Randa, Eigenthumsrecht § 18, 43. Daher konnte sich niemand mit Unkenntniß des Inhalts entschuldigen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 45.

[47] Es galt der Grundsatz: Niemand kann die Landtafel überweisen, d. h. Zeugenbeweis dagegen war außer im Fall der Fälschung ausgeschlossen Randa, Eigenthumsrecht § 18, 46.

[48] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 47.

[49] Randa, Eigenthumsrecht § 18 S. 371.

[50] Randa, Eigenthumsrecht § 18, 55.

[51] Es erfolgte dieß durch das für Böhmen und Mähren erlassene Land-

Digitized by Google

das Institut der Landtafeln in den meisten österreichischen Kronländern durch besondere Gesetze eingeführt [52], und wurde damit zu einem in dem größten Theil von Oesterreich geltenden Rechtsinstitut, dessen Bestand auch durch das A.B.G.B. bestätigt wurde [53]. Die Landtafeln wurden in Böhmen, Mähren und den meisten Kronländern mit Landtafel-Patenten für die ständischen Güter geführt. Für die Führung der Stadtbücher für den städtischen Grundbesitz [54] und der Grundbücher für den nicht landtäflichen ländlichen Grundbesitz [55] galten in den meisten Kronländern besondere Bestimmungen [56]. Die der Landtafelgesetzgebung zu Grund liegenden Principien sind in der Hauptsache in die Grundbuchgesetzgebung vom 25. Juli 1871 übergegangen, so

---

tafelpatent 22/4 1794. Bis dahin waren nur sog. Instrumentenbücher geführt. In dem neu eingeführten Hauptbuch wurde der Eigenthums- und Lastenstand für jedes Gut übersichtlich zusammengestellt.

[52] Das erste dieser Landtafelpatente ist vom 15/3 1730 für Steiermark, das letzte 27/9 1790 für die Bukowina Randa, Eigenthumsrecht § 18, 65. Nicht eingeführt wurde das Landtafelinstitut in Tirol, Salzburg, Istrien und Dalmatien Randa, Eigenthumsrecht § 18, 70. Die für die einzelnen Kronländer erlassenen Landtafelpatente schlossen sich an die böhmisch-mährische Gesetzgebung an, deren Bestimmungen sie zum Theil wörtlich wiedergeben Randa, Eigenthumsrecht § 18, 65. Das für Böhmen-Mähren erlassene Landtafelpatent 22/4 1794 fand auch in den anderen Kronländern, für welche Landtafelpatente erlassen waren, subsidiäre Anwendung Randa, Eigenthumsrecht § 18 nach Note 58.

[53] A.B.G.B. § 446.

[54] In Böhmen galt in den Städten mit sächsischem Recht ursprünglich das Princip der gerichtlichen Auflassung, und es war damit nicht durchgängig Eintragung in das Stadtbuch verbunden Randa, Eigenthumsrecht § 18, 78—89. Erst im 15. und 16. Jahrhundert wurde in den böhmisch-mährischen Städten die Führung von Stadtbüchern, die nach Art der Landtafeln eingerichtet waren, gewöhnlich Randa, Eigenthumsrecht § 18, 95. In den anderen Kronländern wurden vor Einführung der Landtafeln nur vereinzelt Stadtbücher geführt Randa, Eigenthumsrecht § 18, 98—101.

[55] Diese hatten mehr lokale Bedeutung. In Ober- und Niederösterreich wurden sie Gewähr- und Satzbücher, in Böhmen und Mähren Urbarien oder Grundbücher genannt vgl. Randa, Eigenthumsrecht § 18, 102—116.

[56] Mit Einführung der Landtafeln wurden in den einzelnen Kronländern vielfältig allgemeine Anordnungen über die Führung der Stadt- und Grundbücher erlassen Randa, Eigenthumsrecht § 18 nach 110.

Digitized by Google

daß die letztere als Fortbildung der ersteren anzusehen ist [57]. Nach dem Recht vor der Revolution galt in dem größten Theil von Frankreich auch in demjenigen des Gewohnheitsrechts der römisch rechtliche Grundsatz, daß Grundeigenthum durch Tradition übertragen werde [58]; nur in einem kleinen Theil den sog. pays de nantissement hatte sich die gerichtliche Auflassung und zwar in der Form der Allodialinvestitur erhalten [59]. Durch das Zwischengesetz 11 Brumaire an. VII. wurde unter Aufhebung des Systems der gerichtlichen Auflassung in den pays de nantissement und des Traditionsprincips in den übrigen Rechtsgebieten der Grundsatz angenommen, daß das Grundeigenthum unter den Contrahenten durch Vertrag übergehe; dabei wurde jedoch zur Sicherung der Rechte des Erwerbers gegen Dritte die Transkription eingeführt [60]. Der C. c. nahm den letzteren Grundsatz nur für Immobiliarschenkungen und fideicommissarische Substitutionen bei Immobilien an, während bei Veräußerungen durch lästigen Titel die Transkription dem Erwerber nur die Möglichkeit der Vornahme des Purgationsverfahrens gewähren sollte [61]. Neuerdings ist in dem größeren Theil des Rechtsgebiets des französischen Rechts der Grundsatz, daß die Wirkung der Veräußerung gegen Dritte von der Transkription abhängt wieder hergestellt [62].

Für das gegenwärtig in Deutschland geltende Recht sind daher drei Systeme der Immobiliarübertragung das der Tradition, das der Transkription und das der gerichtlichen Auflassung zu unterscheiden, welchem letzteren das Oesterreichische Recht angeschlossen wird.

---

[57] Das Oesterreichische B.G.B. hat zwar die Benennung Landtafel Stadtbuch und Grundbuch im e. S. beibehalten, allein alle unter die Bezeichnung Grundbuch im weiteren Sinne zusammengefaßt und sie den allgemeinen Bestimmungen unterworfen, während nach früherem Recht für die Führung der Landtafeln, Stadtbücher und Grundbücher vielfach abweichende Bestimmungen galten Exner, H.R. S. 14. 18.

[58] Aubry § 207, 3.

[59] Zachariä § 206; vgl. über die Allodialinvestitur unten § 258, 5.

[60] Zachariä § 206; Aubry § 207.

[61] Vgl. unten § 257, 5.

[62] Vgl. unten § 257, 6—8.

Digitized by Google

§ 256.

I. Rechtsgebiet der Tradition.

Gemeinrechtlich unterscheidet sich die Eigenthumsübertragung von Immobilien nicht von der von Mobilien, sodaß die für die letzteren geltenden Grundsätze auch für die ersteren maßgebend sind [1]. Dieß ist jedoch nur in einem verschwindend kleinen Bruchtheil des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets noch geltendes Recht [2], denn es hat nicht nur der überwiegende Theil der Landesrechte das Traditionsprincip durch das der gerichtlichen Auflassung ersetzt, sondern es haben auch in den größeren Landesrechten, in denen dasselbe erhalten ist [3], die gemeinrechtlichen Grundsätze durch landesgesetzliche Regelung des Uebergabsvertrags vielfältige Modifikationen erlitten, so daß die Bestimmungen dieser Landesrechte eine gesonderte Darstellung nöthig machen.

A. Bayern.

Unter Beseitigung der bis dahin in einzelnen Landestheilen in Geltung gewesenen gesetzlichen Bestimmungen über die Sollennisation der Immobiliarverträge [4] ist durch das Notariatsgesetz 10/11 1861 [5] für alle Immobiliarverträge der Verbriefungszwang eingeführt, für welchen folgende Grundsätze gelten:

---

[1] Windscheid § 171. 172.

[2] Es gilt dieß nämlich in Lauenburg Mascher, Grundbuchwesen 188; Homburg Mascher, Grundbuchwesen 208; für allodiale Landgüter in Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz Meibom, H.R. § 7. 43; für die Erbpachtstellen in den Klostergütern Dobbertin, Malchow und Ribnitz nach der rev. H.O. 8/12 1852 Meibom, H.R. § 1, 87 und § 2, 44, dann nach dem Recht der Stadt Frankfurt vgl. oben § 222, 24. Auch nach diesen Landesrechten ist jedoch Eintragung des Eigenthumsübergangs in das Hypothekenbuch zur Erwerbung der Dispositionsbefugniß in Hypothekensachen erforderlich. Es ist dieß namentlich nach Mecklenburgischem Recht anerkannt Meibom, H.R. § 16, 22.

[3] Es sind dieß Bayern und Württemberg. Für Bayern ist eine Ausnahme nur für die Stadt München gegeben, in der gerichtlichen Auflassung gilt Roth, Bayr. C.R. (1) § 136, 37.

[4] S. die Zusammenstellung bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 136, 39—48.

[5] Notariatsgesetz 10/11 1861 mit Commentar von Zink in Dollmann, G.G. II. 3. 339 f. und Beilagenheft 1868.

Digitized by Google

1. Dem Verbriefungszwang unterliegen alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen [6]. Es gehören dahin alle Verträge, durch welche das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache überlassen wird [7], nicht aber solche, welche eine Veräußerung nur vorbereiten [8], oder die nicht Uebertragung des Eigenthums [9] oder nicht Uebertragung der unbeweglichen Sache als solcher bezwecken [10]. Bei zusammengesetzten Verträgen erstreckt sich der Verbriefungszwang nur auf denjenigen Theil, welcher die Eigenthumsübertragung von Immobilien regelt [11].

2. Die Verbriefung kann nur durch notariellen Akt erfolgen. Damit ist die früher in einzelnen Statuten begründete Competenz der Civilgerichte zur Errichtung derartiger Verträge beseitigt. Eine Ausnahme ist nur begründet für die Aufnahme von Vergleichen durch das Proceßgericht [12].

---

[6] Not.-Ges. Art. 14. Vgl. den Aufsatz: Was ist unter Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen im Sinn des Art. 14 des Not.-G. zu verstehen? Bl. f. R.A. XXXI. 369.

[7] Es ist dabei nur auf die Absicht der Contrahenten nicht auf die Form zu sehen, in welche die Veräußerung gekleidet ist. Nach Erk. München 4/5 1866 Bl. XXXI. 381 unterliegt ein Vertrag über Gutszertrümmerung und nach Erk. 6/6 1865 Bl. XXX. 266 ein auf ein einzelnes Immobile bezüglicher Erbvertrag dem Verbriefungszwang.

[8] Zink, Comment. 431. Nro. 1. Nach Erk. München 2/3 1866 Bl. XXXI. 283 ist das in einem Verlobungsvertrag gegebene Versprechen ein Anwesen zu erwerben und zu inferiren nach Erk. München 10/12 1864 Bl. XXX. 80 und 15/5 1868 Bl. XXXIII. 287 der auf Erwerbung eines Immobile gerichtete Gesellschaftsvertrag und nach Erk. München 28/4 1866 Bl. XXXI. 384 der Vertrag wodurch der Ankauf eines Immobiles vermittelt wird dem Verbriefungszwang nicht unterworfen.

[9] Daher sind Pachtverträge dem Verbriefungszwang nicht unterworfen Zink, Comment. 431 Nr. 1.

[10] Nach Erk. München 18/5 1864 Bl. XXX. 94 bedarf der Kaufvertrag über ein Gebäude zum Behuf des Abbruchs und nach Erk. München 21/8 1864 und 11/3 1865 Bl. XXX. 367 der Kaufvertrag über einen Wald zum Behuf der Abholzung nicht der Verbriefung, da diese als Verträge über bewegliche Sachen angesehen werden.

[11] Zink, Commentar 438 Nr. 10.

[12] Zink, Commentar 434, 17; Graf, Commentar III. 175. In Erk. München 5/3 1864 Bl. XXIX. 136 ist ausgesprochen, daß nach Bayr. G.O.

Digitized by Google

3. Die dem Verbriefungszwang unterworfenen Verträge sind nichtig, wenn diese Form nicht beobachtet wird [12]. Es erstreckt sich dieß wie auf den Hauptvertrag auf Nebenverträge [14], auf nachträgliche Abänderungen [15] und auf den Vertrag in allen seinen Theilen. Es können daher nicht einzelne Stipulationen eines nicht verbrieften Vertrags deßhalb, weil sie an sich dem Verbriefungszwang nicht unterworfen wären, als zu Recht bestehend angesehen werden, wenn der Vertrag wegen mangelnder Verbriefung im Ganzen ungiltig ist [16].

4. Die notarielle Verbriefung ist die Voraussetzung der Perfektion des Vertrags. Vorverhandlungen sind daher nicht bindend, und es ist daraus keine Klage auf Vornahme der Verbriefung gegeben [17].

5. Nur nach vorgängiger Verbriefung können Immobilien giltig trabirt werden; Besitzeinräumung vor erfolgter Verbriefung ist wirkungslos [18]. Für die Eigenthumsübertragung von Immobilien gelten demnach nach Bayrischem Recht folgende Grundsätze:

I. Rechtliche Natur der Uebergabe. Die Uebergabe von Immobilien nach Bayrischem Recht kann nicht als binglicher

---

1753 XVII. 1 Nr. 2 die Competenz der Proceßgerichte zur Aufnahme von Vergleichen keinem Zweifel unterliege, und daß ein solcher der notariellen Verbriefung nicht bedürfe, auch wenn er Immobilien betreffe. Durch D. C.Pr.O. Art. 702 Nr. 1. 2 und Bayr. A.G. zur C.Pr.O. Art. 86 ist diese Befugniß der Proceßgerichte bestätigt.

[13] Not.Ges. Art. 14.

[14] Erk. München 28/1 1865 Bl. XXX. 126; 4/6 1864 Bl. XXIX. 284; 12/12 1865 Bl. XXXI. 79; 30/10 1866 Bl. XXXI. 127; 5/8 1870 Bl. XXXV. 363.

[15] Erk. München 16/7 1866 und 1/3 1867 Bl. XXXII. 244; 18/4 1868 Bl. XXXIII. 383; 13/6 1871 Sammlg. I. 53.

[16] Dieß gilt namentlich von einer Conventionalstrafe s. den Aufsatz in Bl. XXVIII. 225 und einem Reugeld Erk. München 19/5 1863 Bl. XXVIII. 193; 7/3 1864 Bl. XXIX. 120; 30/5 1864 Bl. XXVIII. 264. Nach Erk. München 6/11 1863 Bl. XXIX. 71 kann selbst das schon bezahlte Reugeld zurückgefordert werden, und in Erk. München 7/2 1865 Bl. XXX. 169 ist selbst die notariell verbriefte Zusicherung eines auf einen nicht verbrieften Immobiliarvertrag sich beziehenden Reugeldes für unwirksam erklärt.

[17] Zink, Commentar 435 Nr. 8; A. E. 21/11 1862 Bl. XXVIII. 21; 24/1 1863 Bl. XXVIII. 57; 21/11 1862 Bl. XXVIII. 63.

[18] Zink, Commentar 435, 18 und Beilage 44, 51; vgl. unten Note 27.

Digitized by Google

Vertrag construirt werden, da die Uebergabe, welche nicht einen notariell verbrieften Vertrag zur Grundlage hat, wirkungslos ist, und Eigenthum nicht überträgt[19]. Die Uebergabe ist demnach nur als Ausführung des notariell aufgenommenen Vertrags aufzufassen.

II. Der Veräußerungsvertrag steht unter den allgemeinen Voraussetzungen. Es ist daher erforderlich subjektive und objektive Möglichkeit der Veräußerung[20], Eigenthum auf Seite des Veräußernden[21] und Willensübereinstimmung der Contrahenten[22]. Die Verbriefung muß den wirklichen Willen der Interessenten betreffen, bei Simulation ist die Verbriefung wirkungslos[23].

III. Form. Der notariell verbriefte Vertrag wird durch Tradition zur Ausführung gebracht[24]. Zur Tradition gehört auch die Umschreibung im Hypothekenbuch, da nur durch diese dem Erwerber die Möglichkeit der Verfügung in den mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Rechtsverhältnissen gewährt wird[25]. Darnach entscheidet sich auch, welche Bedeutung in dem einzelnen Fall dem Eigenthumsvorbehalt beizulegen sei. Hat nämlich der Veräußerer in die Umschreibung des Hypotheken-

---

[19] Vgl. unten Note 27.

[20] Vgl. oben § 254, 10.

[21] Vgl. oben § 254, 12. Für Immobilien ist in Bayern von diesem Grundsatz keine Ausnahme gemacht, da die gemeinrechtlich für Veräußerungen des Fiskus bestimmte Ausnahme im Bayrischen Recht nicht anerkannt ist oben § 254, 17.

[22] Vgl. oben § 254, 26. Der notarielle Uebergabsvertrag kann immer nur auf eine bestimmte Person gerichtet sein, da er Abschließung durch den Erwerber voraussetzt, und der Rechtsgrund muß durch Willensübereinstimmung festgestellt sein. Ueber den Einfluß von Irrthum und Betrug vgl. Zink, Commentar Beilage 60—65.

[23] Zink, Commentar, Beilage 65—68.

[24] An dem Erforderniß der Tradition ist durch die Bestimmung des Notariatsgesetzes nichts geändert Roth, Bayr. C.R. (1) § 136, 4; Regelsberger, H.R. § 65, 12; Graf, Commentar zum H.G. III. 175. Nicht zureichend ist Ueberweisung nur in der Urkunde, weil damit die Voraussetzungen der longa manu traditio nicht gegeben sind Erk. München 14/4 1871 Bl. XXXVII. 253.

[25] Erk. München 10/7 1880 Bl. XLV. 343. Nur der hier als Eigenthümer Eingetragene gilt als legitimirt Roth, Bayr. C.R. (1) § 183, 60; § 185, 15; Regelsberger, H.R. § 36, 6.

Digitized by Google

objekts auf den Erwerber gewilligt, so kann der Eigenthumsvorbehalt nur die Bedeutung einer Resolutivbedingung haben, und wird als solche behandelt[26].

IV. Mit der durch Tradition bewirkten Vollziehung des Uebergabsvertrags geht das Eigenthum auf den Erwerber über. Dagegen ist die Uebergabe, die nicht auf Grund eines notariell verbrieften Vertrags erfolgt, wirkungslos. Das Eigenthum geht auf denjenigen dem übergeben ist nicht über[27], und es gewährt die Tradition ohne vorausgegangene Verbriefung nicht einmal einen Titel der ordentlichen Ersitzung[28].

B. Württemberg.

Nach Württembergischem Recht bildet zwar die Tradition die Voraussetzung des Eigenthumsübergangs auch für Immobilien, allein die gemeinrechtlichen Grundsätze sind in folgender Weise modificirt:

1. Nach Württembergischem Recht müssen alle Kauf- und Tauschverträge, die Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, bei Strafe der Nichtigkeit schriftlich abgefaßt und von den Contrahenten oder ihren Bevollmächtigten unterzeichnet werden. Die Vertragsurkunde muß die Namen der Contrahenten, die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände, den Betrag des Kaufschillings und Ort und Tag des Vertragsabschlusses enthalten; bei Verkauf von Grundstücken im Flächengehalt von wenigstens 10 Morgen aus einer Hand muß die Urkunde von dem Bezirksnotar, Ortsvorsteher oder Rathsschreiber beglaubigt werden[29]. Die Tradition, mit welcher das dem Württembergischen Recht eigenthümliche Reurecht erlischt[30], kann demnach bei Kauf und Tausch

[26] Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 28; Regelsberger, H.R. § 54, 17. Ueber die Bestimmungen des Bayerischen Hypothekenrechts hinsichtlich des Eigenthumsvorbehalts vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 29 f.; Regelsberger, H.R. § 54, 26 f.

[27] Erk. München 29/5 1876 Sammlg. VI. 24; 23/11 1876 Sammlg. VII. 273; 21/7 1873 Sammlg. IV. 13.

[28] Vgl. oben § 251, 44.

[29] Ges. 23/6 1853 Art. 1—3. 7; Lang, Sachenrecht § 53, 3. 30.

[30] Lang, Sachenrecht § 53, 41. Ueber das dem Württembergischen Recht eigenthümliche Reurecht bei Immobiliarverträgen vgl. Reyscher, W. P.R. § 243, 10; Lang, Sachenrecht § 53, 1. 2. 33—41.

Digitized by Google

nur auf Grund eines schriftlichen Vertrags giltig vollzogen werden [31].

2. Nach Württembergischem Recht unterliegen Verträge über liegende Güter, wodurch das Eigenthum derselben veräußert oder beschränkt wird, der gerichtlichen Insinuation bei der competenten Behörde [32]. Die Bestätigung ist nicht Voraussetzung der Giltigkeit des Vertrags, sondern sie bewirkt Erlöschen des Reurechts [33], und ist Voraussetzung der Eintragung in das Güterbuch [34] und das Vertragsbuch [35], demnach der mit dem Eintrag in diese Bücher verbundenen Wirkungen [36]. Für den Eigenthumsübergang selbst aber ist nach Württembergischem Recht die Tradition entscheidend [37], wobei der gemeinrechtliche Grundsatz, daß bis zur Zahlung oder Creditirung des Kaufpreißes das Eigenthum dem Verkäufer bleibt, bei Immobilien aufrecht erhalten ist [38].

---

[31] Ges. 23/6 1853 Art. 1; Hegler, Recht der Forderungen § 54, 8. Vgl. jedoch unten Note 37.

[32] Lang, Sachenrecht § 54. I. Ausgenommen sind Uebergabe von Liegenschaften zu Heirathgut, Vermögensabsonderung bei Ehescheidung, Vermögensübergaben, Erwerb durch Erbschaft oder Vermächtniß, Eigenthumsveränderung aus Anlaß von Feldregulirungen und Expropriation Lang, Sachenrecht § 54, 9—14. Es beruht dieß auf den Bestimmungen des Württ. L.R. II. 13 und II. 18. 4. 9. Ueber die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts vgl. Wächter, W. P.R. I. § 43 und 68.

[33] Württ. L.R. II. 13. 4; Lang, Sachenrecht § 54, 29.

[34] Wächter, Württ. P.R. II. § 56, 12. 13. Vgl. über dieses oben § 221, 8.

[35] Wächter, Württ. P.R. II. § 56. III.. Vgl. über dieses oben § 221, 8.

[36] Die Eintragung in das Güterbuch ist entscheidend für die Dispositionsbefugniß hinsichtlich des Pfandbuchs. Die Eintragung in das Vertragsbuch hat zunächst nur die Bedeutung einer Rechtsverwahrung, für die exemten Grundstücke hat es jedoch die Bedeutung des Güterbuchs vgl. oben § 221, 9—11.

[37] Lang, Sachenrecht § 54, 27; Wächter, Pandekten § 131. E. Nach Württembergischem Recht wird durch Tradition Eigenthum übertragen, auch wenn das Veräußerungsgeschäft nichtig ist. Früher wurde dieß verneint Erk. Stuttgart 12/10 1858 Tafel, Civilrechtssprüche IV. 321; 10/11 1869 W. Archiv XVI. 149, 1; jetzt wird es bejaht Erk. Stuttgart 9/2 1870 W. Archiv XIII. 231; Stiegele im W. Archiv XVI. 149 f.

[38] Durch Pf. Entw.Ges. Art. 16 ist dieser gemeinrechtliche Grundsatz nur für Mobilien aufgehoben, für Immobilien aber erhalten Lang, Sachenrecht § 47, 34.

Digitized by Google

§ 257.

II. Rechtsgebiet der Transskription.

Nach französischem Recht geht das Eigenthum der durch ein Geschäft unter Lebenden veräußerten Immobilien mit Perfektion des Vertrags über, ohne daß es zur Geltung unter den Contrahenten der Tradition bedürfte [1]. Die Transskription in den Transskriptionsregistern ist für den Eigenthumsübergang unter den Contrahenten nicht entscheidend, sie setzt vielmehr voraus, daß das Eigenthum übergegangen sei, und hat nur den Zweck, den Erwerber zur Geltendmachung seines Eigenthums Dritten gegenüber zu legitimiren. Sie findet sich in vierfacher Weise:

1. Nach den ursprünglichen Bestimmungen des Code civil [2] ist sie bei Immobiliarschenkungen [3] und fideicommissarischen Substitutionen soweit sie Immobilien umfassen [4] zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich; in allen anderen Fällen liegt sie in dem Belieben der Interessenten, und hat nur den Zweck, dem Erwerber die Möglichkeit zu gewähren, die erworbene Liegenschaft von den darauf haftenden Unterpfändern zu befreien und die Inskription neuer Unterpfänder durch den Veräußerer zu verhindern [5].

2. Nach dem Transskriptionsgesetz 23/3 1855, welches in Elsaß-Lothringen zur Anwendung kommt, ist die Transkriptionspflicht auf alle Arten des Eigenthumserwerbs und Begründung dinglicher Rechte sowie auf die durch richterliche Urtheile begründeten Veränderungen ausgedehnt. Bei Unterlassung der Transskription kann der Erwerber nicht nur das Purgationsverfahren nicht einleiten und die Weiterbelastung der erworbenen Immobilien durch neue Inskriptionen nicht hindern, sondern er kann

---

[1] C. c. Art. 1583; Zachariä § 349, 27. Es gilt dieß auch für Schenkungen C. c. Art. 938; Zachariä § 704, 3; Aubry § 704, 24.

[2] Diese kommen zur Anwendung in der Preußischen Rheinprovinz und und der Bayrischen Pfalz.

[3] C. c. Art. 939. 941. Zur Wirksamkeit unter den Contrahenten ist Transskription nicht erforderlich Aubry § 704, 24; Jonas Studien 62.

[4] C. c. Art. 1069; Zachariä § 696, 35; Jonas Studien 63.

[5] C. c. Art. 2181; C. de pr. Art. 834; Zachariä § 208; Jonas Studien 62.

Digitized by Google

auch die aus der Erwerbung sich ergebenden Eigenthumsrechte vor geschehener Transskription Dritten gegenüber nicht geltend machen [6].

3. Nach den großherzoglich hessischen Gesetzen 13/4 1824, 29/10 1830 und 6/6 1879 erhalten in der Provinz Rheinhessen Uebertragungen von Grundeigenthum durch Vertrag Wirksamkeit gegen Dritte nur durch Eintragung in das für jede Gemeinde zu führende Mutationsverzeichniß [7].

4. Nach dem Recht des Großherzogthums Baden ist die Transskription aller Liegenschaftskäufe sowie für Liegenschaftserwerb aus Schenkungen, Verlassenschaften, Vermögensübergabe und Verpfändungsverträgen sowie aller Erwerbungen von Immobilien aus irgend einem Rechtstitel, welche selbstständig und der Verpfändung fähig sind, vorgeschrieben, und es bewirkt die Unterlassung, daß der Erwerber sein Eigenthum nicht gerichtlich geltend machen auch keine Pfandverschreibung darauf geben kann, auch alle vom vorigen Eigenthümer darauf kommende Pfandverschreibungen gegen sich gelten lassen muß [8].

III. Rechtsgebiet der gerichtlichen Auflassung.

§ 258.

Allgemeines.

Die gerichtliche Auflassung, die jetzt in dem überwiegenden Theil der deutschen Rechtsgebiete geltendes Recht ist [1], findet sich nach Reception des römischen Rechts hauptsächlich in vier verschiedenen Formen:

I. als gerichtliche Auflassung im engeren Sinn (Verlassung). Entsprechend der Gestaltung im älteren Recht bestand sie in der vor dem competenten Gericht abgegebenen Erklärung des Veräußerers, daß er sein Recht zu Gunsten des Erwerbers aufgebe, und der richterlichen Uebertragung des Eigenthums auf den Erwerber (Verlassung), worauf die Eintragung in

[6] Vgl. oben § 223, 9—12.
[7] Vgl. oben § 223, 17.
[8] Vgl. oben § 223, 13—15.
[1] Vgl. oben § 253, 1 und unten § 259, 4.

Digitized by Google

das öffentliche Buch erfolgte[2]. Der Schwerpunkt liegt hier in dem Verzicht des Veräußerers zu Gunsten des Erwerbers und dem sich daran anschließenden Ausspruch des Richters, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergegangen sei, und insoferne bildet diese Form die Grundlage der Rechte des Consensprincips des neueren Rechts. Dabei ist nicht nach allen Rechten die Angabe des Rechtsgrundes oder Vorlage des Veräußerungsvertrags erforderlich[3]. Räumlich war diese Form seit Reception des römischen Rechts nicht sehr weit verbreitet[4].

---

[2] Stobbe, Auflassung 189 und P.R. § 94. II. 2. Die Eintragung war ursprünglich unwesentlich und hatte nur die Bedeutung eines Beweismittels. Sie war daher auch später nicht überall angenommen z. B. nicht in Bremen, wo sie noch jetzt nicht erfolgt. Dagegen war in Lübeck schon nach älterem Recht der Eigenthumsübergang von der Eintragung in das Stadtbuch bedingt Stobbe, Auflassung 208, 194.

[3] Dieß gilt namentlich in Bremen, wo sich die Auflassung in einer dem ältesten Recht am nächsten stehenden Form entwickelt hat vgl. E. und H. F.O. § 28; Post, P.R. III. § 49, 5. In Hamburg wird der Grund der Verlassung nicht eingetragen Bornemann im Pr. Just.Min. Bl. 1848, 44. Dieß entspricht schon dem älteren Recht, da nach St. 1270. I. 6 die Auflassung voraussetzte, daß der Kaufpreis bezahlt sei Baumeister, P.R. § 19, 6. Auch nach älterem Lübischen Recht war Angabe der causa nicht wesentlich Fabricius, Stralsundisches Stadtbuch 264. In den mit Lübischem Recht bewidmeten Holsteinischen Städten, in denen sich die alten Formen der gerichtlichen Auflassung erhalten hatten, wurde noch in der jüngsten Zeit bei der Auflassung der Vertrag nicht erwähnt, so in Glückstadt und Itzehoe Holst. Anz. 1843, 278. Zwar wurde hier nach V. 20/9 1698 § 3 ein schriftlicher Vertrag ausgefertigt, dieser war aber für die Auflassung nicht wesentlich, sondern diente nur zu Zwecken des Hypothekenbuchs Anz. 1843, 279. Auch nach den älteren Mecklenburgischen Stadtrechten war Vorlegung des Vertrags nicht wesentlich. Die von Manchen aufgestellte Behauptung, daß bei der gerichtlichen Auflassung des älteren Rechts das zu Grund liegende Veräußerungsgeschäft immer mit verlautbart worden sei, ist daher nicht richtig, es finden sich vielmehr wie gezeigt Statuten, nach welchen nicht einmal Angabe des Rechtsgrundes der Auflassung erforderlich war. Aber man darf dieß andererseits nicht generalisiren, denn es finden sich ebenso Statuten, nach welchen bei der gerichtlichen Auflassung nicht nur Angabe der causa sondern auch Vorlage des Vertrags erforderlich war, so nach dem Recht der Städte Hannover und Lüneburg Leonhard, Eigenthumsverhältnisse 42. 48; dem früheren Recht der Stadt Altona Holstein. Anz. 1843, 279; dem Landrecht von Kurköln XII. 1; dem Münchner Stadtrecht nach Grundbuchordnung 1572 Art. 1 bei Auer, Münchner Stadtrecht 244 vgl. Erk. München 22/2 1873 Sammlung III. 57.

Digitized by Google

II. Als Allodialinvestitur. Die in dem älteren Recht sich findende Form der gerichtlichen Auflassung durch Uebertragung von Seite des Veräußerers an den Richter und Rückübertragung von diesem an den Erwerber[5] nahm in dem Rechtsgebiet des gemeinen sächsischen Rechts die Form der Allodialinvestitur an[6]. Nach den Bestimmungen der Decis. 61 von 1661 und Decis. 1 von 1746 mußte bei Veräußerungen unter Lebenden der Veräußerer das Eigenthum an den Richter auflassen und der Erwerber hatte es durch Lehensreichung des letzteren zu empfangen[7]. Ebenso mußte in Erbfällen und bei den modis acquirendi dominii originariis ferner bei Subhastation die Lehensreichung jedoch ohne vorhergehende Lehensauflassung geschehen[8]. Die Unterlassung der Lehensreichung hinderte nur den Uebergang des bürgerlichen Eigenthums nicht aber den des natürlichen Eigenthums[9], so daß die Ersitzung solcher Immobilien zuläßig war[10]. Diese Form galt in den Ländern des gemeinen Sachsenrechts und hatte sich dort bis in die neuere Zeit erhalten[11].

III. Als gerichtliche Vertragsbestätigung. Nach mehreren Landesrechten war zum Eigenthumserwerb von Immobilien durch ein Geschäft unter Lebenden richterliche Bestätigung

---

Indeß ist dieß letztere wahrscheinlich späteres Recht, denn nach München St.R. Art. 267 ist Vorlage eines Kaufbriefs nicht erforderlich, sondern es erfolgt die Uebereignung durch Uebertragung an den Richter und Rückübertragung durch diesen an den Erwerber.

[4] Sie findet sich namentlich in Hamburg, Bremen, den Städten Lübischen Rechts, mecklenburgischen und hannoverischen Stadtrechten, den Landrechten von Kurköln und Jülich und dem Münchner Stadtrecht.

[5] Vgl. Stobbe, Auflassung 193 und 214; Stobbe, P.R. § 94, 24.

[6] Vgl. über diese: Stobbe, Auflassung 214, 206; Weiske, Untersuchungen I. 30. 33; Gotschalk, Bemerkungen Z. f. V. und R.Pfl. in Sachsen I. 1; Siebenhaar in Z. f. R.Pfl. XV. 118; Haubold, P.R. § 187; Heimbach, P.R. § 187; Sachse, P.R. § 284. Die Literatur s. bei Haubold, P.R. § 187a und Curtius, C.R. § 540a. Vgl. auch unten § 260, 33.

[7] Haubold, P.R. § 187a; Heimbach, P.R. § 187, 1. Damit war richterliche Bestätigung des Vertrags verbunden vgl. unten § 260, 33.

[8] Heimbach, Pr.R. § 187, 3. 4.

[9] Vgl. über diese Unterscheidung Stobbe, Auflassung 240; Haubold, P.R. § 186a; Heimbach, P.R. § 186.

[10] Haubold, P.R. § 187b; Curtius, P.R. § 541d.

[11] Vgl. unten Note 19—27.

Digitized by Google

des Vertrags erforderlich, welcher die Wirkung der gerichtlichen Auflassung beigelegt war [12].

IV. Nach einzelnen Statuten genügte die Eintragung des Veräußerungsvertrags in das Grundbuch [13].

Nur in wenigen Rechtsgebieten, in welchen es gegenwärtig gilt, hat sich indessen das Institut im historischen Zusammenhang entwickelt [14], viel mehr ist es:

1. in dem einen Theil der Landesrechte neu eingeführt und an die Stelle des Traditionsprincips getreten, nämlich in Preussen [15], Hessen-Darmstadt [16], Oldenburg [17] und Braunschweig [18];

---

[12] Stobbe, Auflassung 226, 241; Stobbe, P.R. § 94, 34. Diese Form war namentlich in dem früheren Kurhessischen Recht ausgebildet, nach welchem die gerichtliche Confirmation des Vertrags die Auflassung ersetzte Pfeiffer, Prakt. Ausf. I. 155; Beseler, P.R. § 90, 10; Platner, Sachenrecht § 17. Ebenso liegt sie dem Nassauischen Recht zu Grund Contraktenordnung 2/3 1774 § 22; Flach, Entscheidungen I. 23. Nicht hieher zu rechnen sind diejenigen Statuten, welche gerichtliche Errichtung Bestätigung oder Insinuation des Veräußerungsvertrags zur Bedingung der Giltigkeit desselben machen, dagegen für den Eigenthumsübergang die Tradition entscheiden lassen. Es gehören diese Statuten dem Rechtsgebiet des Traditionsprincips an Beseler, P.R. § 90, 17. Es gehören dahin die Landrechte von Solms, Kurpfalz, Mainz und Katzenellenbogen Müller, Ingrossation § 2, 3—6, die Kurbraunschweigischen V. von 1712. 1733. 1736 und 1753 bei Leonhard, Rechtsverhältnisse 5—14, ferner die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 136, 39—46 angeführten Bayrischen Statuten.

[13] Es ist dieß die Form, die in den Landesrechten des Legalitätsprincips neuerdings zur Anwendung kommt vgl. unten § 260, 33 folg. Sie findet sich schon in früherer Zeit, namentlich in Gesetzen einzelner Preußischer Provinzen vgl. oben § 255, 25 und 29.

[14] Es gehören dahin die Bremer Erb- und Handfesteordnung 30/7 1860, die ganz auf dem älteren Recht beruht', und das Nassauische Stockbuchgesetz 5/5 1851, welches die Contraktenordnung 2/3 1774 zur Grundlage hat. Ebenso sind die H.O. von Hamburg und Lübeck und die Mecklenburgische Stadtbuchordnung Ausbildungen des älteren Rechts.

[15] In diesem zum größten Theil. In dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts galt bis zur Einführung der Grundbuchgesetze das Traditionsprincip in der besonderen Gestaltung, die es durch das Preußische Landrecht erhalten hat; vgl. über diese Koch, P. P.R. § 229; Stobbe, Auflassung 243—247; Achilles, Ges. 51; Dernburg Hinrichs § 3. In Neuvorpommern und Rügen war zwar durch das Hypothekengesetz 21/3 1868 die gerichtliche Auflassung in der jetzt geltenden Form bereits eingeführt, allein es war dieß neues Recht, das an die Stelle des gemeinen Rechts getreten war. Die gerichtliche Vertragsbestätigung mit der Wirkung der gerichtlichen Auflassung galt

Digitized by Google

2. in dem anderen Theil der Landesrechte ist es durch die Gesetzgebung umgestaltet. Es gehören dahin: Königreich Sachsen [19], Weimar [20], Altenburg [21], Meiningen [22], Coburg-Gotha [23], Anhalt [24], Sondershausen [25], Rudolstadt [26], Reuß älterer und

---

auf Grund älteker später generalisirter Gesetze in Kurhessen Platner, Sachenrecht § 17 und im Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein, in welchem dieß jedoch erst durch das Gesetz 2/2 1864 neu eingeführt war. In Hannover galt das Princip der gerichtlichen Auflassung nur in vier Städten, in den übrigen Theilen das Traditionsprincip Grefe, P.R. II. 108, wie auch in Schleswig-Holstein, wo nur in den Holsteinischen Städten die gerichtliche Auflassung erhalten war Seestern-Pauly, Gr.B.R. II. § 3. II. Die Preußischen Grundbuchgesetze haben also in dem weit überwiegenden Theil des Rechtsgebiets die gerichtliche Auflassung unter Beseitigung des Traditionsprincips neu eingeführt.

[16] Hier galt bis zur Einführung des Ges. 21/2 1852 über Erwerbung des Grundeigenthums das Traditionsprincip Müller, Ingrossation § 2, 3—6.

[17] Hier galt bis zur Einführung der Grundbuchgesetze von 1876 das Traditionsprincip nach der Hypothekenordnung 11/10 1814.

[18] Hier war nach dem Gesetz 19/3 1850 die Wirksamkeit von Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken Dritten gegenüber von der Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt Mansfeld, Grundbuchgesetze 9; nur in einigen Städten hatte sich die gerichtliche Auflassung erhalten Steinacker, P.R. § 178, 3.

[19] Hier galt die Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts oben Note 6, die durch die Hypothekenordnung 6/11 1843 § 6 zu dem jetzt geltenden Recht umgestaltet wurde vgl. unten § 260, 33.

[20] Hier galt die Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts Sachse, P.R. § 284, an deren Stelle nach dem Gesetz 20/4 1833 das Princip der gerichtlichen Vertragsbestätigung trat oben § 220, 29.

[21] Hier galt die Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts Heimbach, P.R. § 187, 2 an deren Stelle durch die H.O. 13/10 1852 § 6 das jetzt geltende Recht eingeführt wurde vgl. unten § 260, 33.

[22] Hier wurde die Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts durch das Gesetz 15/7 1862 über die Anlegung von Grundbüchern beseitigt, und durch Eintragung des Veräußerungsvertrags ersetzt vgl. unten § 260, 36.

[23] Hier war die vorher geltende Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts durch die Gesetze über Herstellung von Grund- und Hypothekenbüchern 9/6 1859 für Gotha und 24/5 1860 für Coburg beseitigt. Durch die Gesetze 1/3 1877 sind neuerdings die Preußischen Grundbuchgesetze fast unverändert eingeführt.

[24] Hier galt die Allodialinvestitur des gemeinen Sachsenrechts Heimbach, P.R. § 187, 2 und Ges. 13/4 1870 § 2, an deren Stelle jetzt die durch das Gesetz 11/3 1877 geregelte gerichtliche Auflassung getreten ist unten § 260, 26.

[25] Hier war die vorher geltende Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts durch die H.O. 20/7 1857 § 6 beseitigt. Neuerdings ist durch die

Digitized by Google

jüngerer Linie [27], Lippe-Detmold [28], Lippe-Schaumburg [29]. Man kann daher die gerichtliche Auflassung in ihrer gegenwärtigen Gestaltung als ein Produkt der Gesetzgebung der neueren Zeit bezeichnen, indem das Institut in einem Theil des Rechtsgebietes neu eingeführt in dem anderen Theil zu der gegenwärtig geltenden Form umgestaltet ist.

§ 259.

1. Voraussetzung.

Nach den Landesrechten, welche das Princip der gerichtlichen Auflassung angenommen haben, setzt die Uebertragung von Grundeigenthum in Folge freiwilliger Veräußerung einen Formalakt voraus, der mit der Eintragung des Veräußerungsaktes in das Grundbuch vollzogen ist [1]. Es ist dadurch nicht der Eigenthumserwerb von Immobilien überhaupt sondern nur der Eigenthumserwerb von Immobilien bei freiwilliger Veräußerung durch ein Geschäft unter Lebenden von der Eintragung bedingt. Die übrigen Arten des Eigenthumserwerbs werden dadurch nicht berührt, vollziehen sich vielmehr selbstständig nach den dafür geltenden Grundsätzen [2]. Jedoch erlangt in den Fällen, in welchen Grundeigen-

Grundbuchgesetze von 1882 die gerichtliche Auflassung des Preußischen Rechts angenommen.

[26] Die hier geltende Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts wurde durch das Gesetz 6/6 1856 die gerichtliche Uebereignung unbeweglicher Sachen betreffend beseitigt unten § 260, 38.

[27] An die Stelle der Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts wurden durch die H.G. 27/2 1873 für Reuß ä. L. und 20/11 1858 für Reuß j. L. die Bestimmungen der sächsischen H.O. 6/11 1843 § 6 eingeführt. Vgl. § 260, 33.

[28] Hier ist das Gesetz 23/3 1864 die Uebertragung von Grundeigenthum betreffend durch die Grundbuchgesetze von 1882, welche das Preußische Recht fast unverändert angenommen haben, umgestaltet oben § 219. XXI.

[29] Hier ist das Gesetz 4/3 1870 über die das Eigenthum an Grundstücken übertragenden Verträge durch die Einführung der Preußischen Grundbuchgesetze beseitigt oben § 219. XX.

[1] Vgl. unten § 260, 15. 18. 23. 25. 27. 30. 31. 33. 37.

[2] Pr. E.E.G. § 5. Vgl. unten § 260, 40 f. Eine Ausnahme ist nach mehreren Landesrechten für den erbschaftlichen Uebergang dann den Eigenthumsübergang bei Subhastation begründet vgl. unten § 260, 47 f.

Digitized by Google

thum ohne gerichtliche Auflassung erworben wird, der Erwerber das Recht der weiteren Verfügung durch Auflassung und dingliche Belastung erst durch seine Eintragung in das Grundbuch [3].

Für die gerichtliche Auflassung gelten folgende Grundsätze:

I. Nach den Landesrechten, welche das Princip der gerichtlichen Auflassung angenommen haben [4], erhält jedes selbstständige Grundstück [5], welches im Verkehr ist [6], und jede den Immobilien gleichstehende selbstständige Gerechtigkeit [7] ein Folium im

---

[3] Pr. E.E.G. § 5. Vgl. unten § 260, 52. Eine Ausnahme ist nach mehreren Landesrechten für Miterben gegeben unten § 260, 53.

[4] Es sind dieß Preußen mit Ausnahme der Rheinprovinz, Nassau, K. Sachsen, Hessen-Darmstadt mit Ausnahme der Provinz Rheinhessen, Mecklenburg-Schwerin und Strelitz für Städte und bäuerlichen Grundbesitz, Oldenburg, Braunschweig, Weimar, Altenburg, Coburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, Anhalt, Sondershausen, Rudolstadt, Reuß ä. L., Reuß j. L., Lippe-Detmold, Lippe-Schaumburg, Waldeck, Lübeck, Bremen, Hamburg, Oesterreich.

[5] Pr. G.B.O. § 1; Sachsen G.O. § 109. Nach Hannover Ges. über Grundbuchwesen 28/5 1873 § 7, Detmold E.E.G. § 1, Oldenburg E.E.G. § 1, Braunschweig E.E.G. § 71, Mecklenburg St.B.O. § 6 und Anhalt Grb. G. § 13 wird bei getheiltem Eigenthum das Nutzeigenthum eingetragen. Nach Hamburg H.O. § 8 ist die Eintragung einer Superficies unzulässig. Immobilien im Eigenthum des Staats, der Kirchen, Gemeinden und Schulen erhalten nach Pr. Gr.B.O. § 2, Oldenburg Gr.B.O. § 2 und Detmold Gr.B.O. § 2 ein Grundbuchblatt nur wenn sie veräußert oder belastet werden oder auf Antrag des Eigenthümers, nach Altenburg H.O. § 156 und Reuß j. und ä. L. H.O. § 155 nur wenn eintragungspflichtige dingliche Rechte daran bestellt werden. Nach Sachsen G.O. 1865 § 7 werden Folien für nicht eingetragene geistliche Güter und Gemeindegrundstücke nur auf Antrag eröffnet, während für Staatsgüter eine besondere Anordnung erlassen werden soll, die jedoch noch nicht erfolgt ist. Ganz ausgeschlossen ist die Eintragung für das Staats- und Domänenvermögen in Sachsen-Meiningen Gr.B.G. 15/7 1862 Art. 36 und Anhalt Gr.B.G. § 1. Nach Hessen-Darmstadt Ges. 20/10 1830 Art. 1—4 und nach Nassauischem Recht Bertram, P.R. § 394 werden alle Grundstücke ohne Unterschied eingetragen.

[6] Nach Pr. Gr.B.O. § 2 werden Eisenbahnen und öffentliche Landwege nur eingetragen, wenn sie veräußert oder belastet werden, oder wenn von dem Eigenthümer oder einem Berechtigten darauf angetragen wird. Nach Sächsischem Recht ist die Eintragung von Straßen, so lange sie dem öffentlichen Verkehr dienen, unzulässig Siegmann, H.O. § 25. Nach Hessen-Darmstädtischem und Nassauischem Recht werden auch dem öffentlichen Verkehr dienende Immobilien eingetragen oben Note 5.

[7] Eintragungsfähig sind nur fruchtbringende dingliche Rechte, die nicht von dem Besitz eines Grundstücks abhängen, also selbstständig sind. Allgemein

Digitized by Google

Grundbuch, dessen Vorhandensein die Voraussetzung jeder Veräußerung und dinglichen Belastung bildet [8]. Es werden hier eingetragen:

1. der Uebergang des Eigenthums in Folge freiwilliger Veräußerung [9];

2. der Uebergang des Eigenthums in den Fällen, in welchen Eigenthum ohne gerichtliche Auflassung erworben wird [10];

3. die dinglichen Belastungen, welche zu ihrer Entstehung oder Wirkung gegen Dritte der Eintragung bedürfen [11].

II. Legitimirt zur Eigenthumsübertragung oder dinglichen Belastung von Immobilien ist nur derjenige, der im Grund-

---

wird hieher das Bergeigenthum gerechnet Pr. E.E.G. § 68; Siegmann, H.R. § 58; Bertram, P.R. § 150. 409; Coburg-Gotha E.E.G. § 68; Braunschweig E.E.G. § 70, nicht aber Sondershausen E.E.G. § 60; ferner selbstständige Gerechtigkeiten Pr. E.E.G. § 69; Braunschweig E.E.G. § 71; Sondershausen E.E.G. § 61; Coburg-Gotha E.E.G. § 69; Sachsen B.G.B. § 59. § 661; Weimar A.G. zum Pf.G. 12/3 1841 § 41. 42; Altenburg H.O. § 11; Reuß, j. L. H.O. § 11; Reuß, ä. L. H.O. § 14; Anhalt Ges. 11/3 1877 § 34. Nach Sachsen G.O. § 108 steht die Entscheidung, ob für eine selbstständige Gerechtigkeit ein Folium eröffnet werden soll, dem Justizministerium zu. Nach Sachsen B.G.B. § 661 wird für vererbliche und veräußerliche Bau- und Kellerrechte ein Folium angelegt. Nach Gr.B.O. von Oldenburg § 1 und Detmold § 1 werden Grundbuchblätter nur für Grundstücke angelegt. Ueber das Oesterreichische Recht vgl. Schiffner, Gr.B.R. § 93. Vgl. auch unten § 298.

[8] Im Rechtsgebiet der Preußischen Grundbuchordnung bildet die Anlegung des Grundbuchblattes nach dem neuen Gesetz die Voraussetzung der Anwendung derselben im Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts E.E.G. § 5, Gr.B.O. § 2. 49, sowie in den nicht gemeinrechtlichen Theilen der Provinz Hannover und in Neuvorpommern und Rügen s. die betr. E.G. § 1, und es kommt hier, soweit ein Grundbuchblatt nicht angelegt ist, das frühere Recht zur Anwendung. Dagegen gilt dieß nicht im Jahdegebiet, Schleswig-Holstein, den gemeinrechtlichen Theilen der Provinz Hannover, Kurhessen, dem Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein und Hohenzollern, indem in diesen Landestheilen die Bestimmung der Gr.B.O. § 49 durch die Einführungsgesetze ausgeschlossen ist, so daß hier die Preußischen Grundbuchgesetze für alle Grundstücke gelten.

[9] Es gehören dahin namentlich Veräußerung durch Kauf Tausch und Schenkung, Uebergang bei Auflösung der Gütergemeinschaft auf einen Ehegatten, Theilung unter Miterben, Uebergang auf eine Handelsgesellschaft.

[10] Vgl. unten § 260, 42 folg.

[11] Vgl. unten § 268, 1; § 285, 9.

Digitized by Google

buch als Eigenthümer eingetragen ist[12], und nur insoweit, als sich nicht aus dem Eintrag im Grundbuch eine Dispositionsbeschränkung ergibt[13]. Im Uebrigen wird Dispositionsfähigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen vorausgesetzt[14].

III. Für die Eigenthumsübertragung und die Begründung dinglicher Rechte durch Auflassung haben unsere Landesrechte ein doppeltes Princip[15]:

1. Das Consensprincip. Der eine Theil der Landesrechte begründet den Eigenthumsübergang und die Entstehung der dinglichen Rechte auf die in gesetzlicher Form abgegebene Willenserklärung des Eigenthümers und die daran sich anschließende Eintragung in das Grundbuch[16]. Der Auflassungserklärung steht ein rechtskräftiges Erkenntniß gleich, durch welches der Eigenthümer zur Auflassung verurtheilt wird[17]. Die Auflassung hat die rechtliche Natur eines Vertrags[18].

---

[12] Pr. E.E.G. § 2 und 5; Achilles, Ges. 83 Nr. 1; Hamburg H.O. § 13 Lübeck H.O. § 17; Mecklenburg St.B.O. § 3; Sachsen B.G.B. § 276. 398; Hessen J.G. Art. 4. 4 Müller, Ingrossation § 37, 1. Nassau Stockbuch-Ges. § 7 Bertram, P.R. § 136; Oesterreich Gr.B.G. § 21. Braunschweig Gr.B.O. § 23 und Rudolstadt Ges. 6/6 1856 § 11 gestatten nicht eingetragenen Eigenthümern die Herstellung ihrer Legitimation durch Ediktalladung. Auflassung durch einen nichteingetragenen Eigenthümer wird kaum vorkommen, wird jedoch nach Preußischem Recht auch durch nachträgliche Eintragung des Auflassenden nicht giltig, da nach dem neuen Preußischen Grundbuchrecht das Convalescenzprincip nicht mehr in Geltung ist vgl. unten § 299, 4.

[13] Vgl. unten § 260, 57.

[14] Dernburg, P. P.R. I. § 241, 5; Meibom, H.R. § 9, 23; Erk. R.G. 13/12 1879 Entsch. I. 52.

[15] Es ist unbedingt nothwendig, diese beiden Richtungen der Gesetzgebung zu unterscheiden, da die Voraussetzungen bei beiden ganz verschieden sind vgl. im Allgemeinen oben 222.

[16] Pr. E.E.G. § 2, Gr.B.O. § 48 und damit übereinstimmend die daraus abgeleiteten Grundbuchgesetze von Oldenburg, Braunschweig, Coburg-Gotha, Lippe-Detmold, Lippe-Schaumburg und Sondershausen; Mecklenburg St.B.O. § 8; Hamburg H.O. § 8; Lübeck H.O. § 17. 29; Oesterreich Gr.B. Ges. § 31. 32.

[17] Pr. E.E.G. § 3; Mecklenburg St.B.O. § 8; Anhalt Gr.B.G. § 23, 2b; Hamburg H.O. § 4; Lübeck H.O. § 17.

[18] A. M. war Förster, Gr.B.R. 88 und P. P.R. § 178, 49. 50. Jetzt ist die Auffassung als dinglicher Vertrag allgemein angenommen Achilles, Auflassung 17—29 und Ges. 77, 1a; Bahlmann, Gr.B.R. 32, 7; Turnau, Gr.B.O.

Digitized by Google

2. Das Legalitätsprincip. Nach dem andern Theil der Landesrechte ist die Willenserklärung des auflassenden Eigenthümers für sich allein nicht genügend, es bedarf vielmehr der Angabe und richterlichen Prüfung des Veräußerungsvertrags[19]. Auch nach den Landesrechten des Legalitätsprincips steht der Auflassungsbewilligung die Verurtheilung dazu durch ein rechtskräftiges Erkenntniß gleich[20].

IV. Die Eigenthumsübertragung durch gerichtliche Auflassung kann von keiner Suspensivbedingung nicht abhängig gemacht werden[21]. Eintragung unter einer Resolutivbedingung ist zuläßig, hat aber die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung[22].

---

§ 260.

2. Form der gerichtlichen Auflassung.

Nach den Landesrechten, welche das Princip der gerichtlichen Auflassung angenommen haben, sind die Grundbücher fast durchgängig mit den Hypothekenbüchern vereinigt[1], und es sind in

---

I. 182, 3; Dernburg, P. P.R. I. § 241, 9; Dernburg Hinrichs § 23 Nr. 1. 3. Auch Förster Eccius § 178, 33 hat sich nun dieser Ansicht angeschlossen. Das Gleiche nimmt für das Oesterreichische Recht an Strohal, Eigenthum 31, 8.

[19] Sachsen B.G.B. § 276. 277 und G.O. § 169 Siegmann, H.O. 154; Altenburg, Reuß, j. L., Reuß, ä. L. H.O. § 144. 145 Meiningen Gr.B.G. Art. 25. 26; Weimar Ges. 20/4 1833 § 2; Rudolstadt E.Ü. Ges. 6/6 1856 § 1. 4—9; Nassau Stockbuchgesetz § 8 Bertram, P.R. § 139; Hessen E.G. Art. 4 Müller, Ingrossation § 11.

[20] Sachsen B.G.B. § 277; Meiningen Gr.B.G. Art. 26; Rudolstadt Ges. 6/6 1856 § 3. 4. 12; Darmstadt E.G. Art. 3. 9.

[21] Soll der Eigenthumsübergang von einer Suspensivbedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht sein, so kann die Auflassung erst mit Eintritt derselben erfolgen Achilles, Ges. 26, 6; Braunschweig E.E.G. § 3; Anhalt Gr.B.G. § 16. Nach Darmstadt E.E.G. Art. 6, 2 setzt die Eintragung besondere Einwilligung des Veräußernden voraus.

[22] Achilles, Ges. 28, 6; Sachsen B.G.B. § 399; Darmstadt E.G. Art. 17, 1 Müller, Ingrossation § 24, 18; Anhalt E.E.G. § 16. Nicht zuläßig ist die Eintragung unter einer Resolutivbedingung nach Braunschweig E.E.G. § 3 und Hamburg H.O. § 8.

[1] Eine Ausnahme ist nur gegeben in Nassau, Großherzogthum Hessen,

Digitized by Google

dem letzteren Fall die gleichen Behörden für die Führung competent[2].

Für die gerichtliche Auflassung des Grundeigenthums durch ein Geschäft unter Lebenden gelten folgende Grundsätze:

I. Hinsichtlich des Verfahrens sind die Landesrechte des Consensprincips und die des Legalitätsprincips zu unterscheiden:

1. Die Landesrechte des Consensprincips. Nach Preußischem Recht und nach den daraus abgeleiteten Rechten kann der Zeitpunkt der Auflassung vertragsmäßig bestimmt sein. Ist eine Vereinbarung nicht getroffen, so kann, wenn ein obligatorisches Verhältniß vorliegt, jeder der Interessenten einen Termin durch den Grundbuchrichter bestimmen lassen[3]. Der Antrag auf Einschreibung kann mündlich oder schriftlich gestellt werden[4]. Der Grundbuchrichter hat darauf zu prüfen, ob dem Antrag kein Hinderniß entgegenstehe[5], die Prüfung hat sich jedoch darauf zu beschränken, ob das Recht, dessen Eintragung verlangt wird, überhaupt eintragsfähig, die Competenz des Grundbuchamtes begründet und die Legitimation des Antragstellers hergestellt sei[6], nicht aber die Prüfung des Veräußerungsgeschäfts zu umfassen[7]. Erscheint der Antrag als zulässig, so kann die Auflassung verfügt werden. Diese besteht in der mündlich vor dem Grundbuchamt zu ertheilenden Erklärung des Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige[8], und der mündlich von Seite des Erwerbers

---

Sachsen-Weimar und Sachsen-Meiningen, wo die Grundbücher äußerlich getrennt von den Hypothekenbüchern geführt werden oben § 220. I. 3. III. V. VI. In Schwarzburg-Rudolstadt und Bremen werden keine Grundbücher geführt.

[2] Ueber die Competenz zur Führung der Grundbücher vgl. oben § 222 A. Ueber die Buchführung für die Grundbücher vgl. Förster Eccius § 23; Dernburg, P. P.R. I. § 193—205; Dernburg Hinrichs § 9—15; Siegmann, H.O. 1872; Siegmann, H.R. § 2. 3; Müller, Ingrossation 181—212; Exner, H.R. 26; Randa, Eigenthumsrecht § 22.

[3] Achilles, Ges. 81. a.

[4] Pr. Gr.B.O. § 31; Dernburg, P. P.R. I. § 197, 3. Vgl. oben § 222, 25.

[5] Pr. G.B.O. § 48; Förster, Gr.B.R. 61.

[6] Pr. Gr.B.O. § 46, 1; Dernburg Hinrichs § 23, 15; Dernburg, P. P.R. I. § 205, 4.

[7] Pr. Gr.B.O. § 46, 2; Dernburg, P. P.R. I. § 205, 7.

[8] Pr. E.E.G. § 2; Dernburg Hinrichs § 23, 2. Ein Erkenntniß, durch welches der eingetragene Eigenthümer zur Auflassung verurtheilt wird, ersetzt die Auflassungserklärung desselben Pr. E.E.G. § 3.

Digitized by Google

abzugebenden Erklärung, daß er die Eintragung beantrage[9]. Die Erklärungen müssen mündlich abgegeben werden[10], ohne daß dabei der Gebrauch einer besonderen Formel vorgeschrieben wäre; doch muß sich daraus die Absicht ergeben, daß das Eigenthum übergehen solle[11]. In der Auflassungserklärung können die Betheiligten das zu Grund liegende Rechtsgeschäft bezeichnen, und sie können eine Abschrift der darüber errichteten Urkunde zu den Akten geben, ohne daß eine Verpflichtung dazu bestände[12]. Die Erklärung der Auflassung und die Annahme hat gleichzeitig d. h. in einem ungetrennten Akt zu geschehen[13]. Erfolgt die Erklärung der Annahme nicht, so ist die Erklärung der Auflassung unwirksam[14]. Auf die Erklärung der Interessenten erfolgt die Einschreibung in das Grundbuch, wodurch der Eigenthumsübergang bewirkt wird[15], wobei der Zeitpunkt der Eintragung den Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs bestimmt[16]. Erfolgt die Ein-

---

[9] Pr. E.E.G. § 2; Förster Eccius § 178, 33. Diese Erklärung ist nur bei Auflassung des Eigenthums erforderlich nicht bei anderen Einschreibungen Pr. E.E.G. § 13. Dasselbe gilt nach den Rechten von Mecklenburg, Hamburg und Lübeck.

[10] Achilles, Ges. 85, 5. Persönliches Erscheinen des Betheiligten ist nicht erforderlich, vielmehr Vertretung zulässig Förster Eccius § 178, 44; Dernburg, P. P.R. I. § 241, 6. Bestritten ist, ob sich beide Betheiligte durch dieselbe Person vertreten lassen dürfen; für die Bejahung Dernburg, P. P.R. I. § 241, 8; Turnau, Gr.B.O. I. 185; für die Verneinung Förster Eccius § 178, 44; Mannsfeld, Grundbuchgesetze 13; Bahlmann, Anm. 6 zu Gr.B.O. § 48. Jedenfalls muß constatirt sein, daß ein Widerstreit der Interessen nicht möglich sei Achilles Ges. 86; Dernburg Hinrichs § 23, 14; Pr. L.R. I. 13. 22; Erk. Hamm 8/1 1874 Johow IV. 94.

[11] Achilles Ges. 86 Nr. 6.

[12] Pr. Gr.B.O. § 48; Achilles Ges. 393. VII. Nach Detmold Gr.B.O. § 39 wird ein gerichtlich abgeschlossener Vertrag vorausgesetzt, da die im Gesetz 23/3 1864 § 2 gegebene Vorschrift durch Gr.B.G. § 2 aufrecht erhalten ist.

[13] Pr. E.E.G. § 2; Achilles Ges. 85, 4; Turnau, Gr.B.O. I. 189; Förster Eccius § 178, 43.

[14] Es ergibt sich dieß schon aus dem Umstand, daß die Auflassung die Natur eines Vertrags hat oben § 259, 18.

[15] Pr. Gr.B.O. § 48.

[16] Achilles Ges. 78 b; Förster Eccius § 178, 49. A. M. Dernburg, Pr. P.R. I. § 242, 9 der annimmt, daß der Eigenthumswechsel für die Contrahenten mit der Auflassung eintrete.

Digitized by Google

schreibung nicht, so geht das Eigenthum nicht über[17]. Nach der Mecklenburgischen R.St.B.O. setzt die Eigenthumsübertragung Verlassung voraus. Sie erfolgt bei Geschäften unter Lebenden auf die ausdrückliche Erklärung des aus dem Buch sich ergebenden Eigenthümers, daß er sein Eigenthum dem neuen Erwerber auflasse und des letzteren, daß er solches annehme, nach vorheriger Verkündigung nämlich öffentlicher Bekanntmachung durch Anschlag an die Rathstafel und in einem öffentlichen Blatt, durch Eintragung in die erste Rubrik des Hypothekenbuchs[18]. Bei der Verlassung ist von den Betheiligten der Betrag der für den Uebergang des Eigenthums zu gebenden Kaufgelder oder sonstigen Leistungen aufzuführen, und dieser, wenn nicht eine entgegenstehende Erklärung vorliegt, von Amtswegen einzutragen[19]. Nach den H.O. von Hamburg und Lübeck erfolgt die Eigenthumsübertragung durch gerichtliche Auflassung ohne Verlassung[20] auf die Erklärung des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige[21], und die Erklärung des Erwerbers, daß er die Auflassung annehme[22], und die Einschreibung des letzteren in das Grundbuch[23]. Die Erklärung der Auflassung und die Annahme braucht nicht in unmittelbarem Zu-

---

[17] Achilles Ges. 78b. Es entsteht hier die Frage, ob der Auflassende mit der Auflassung an seine Erklärung gebunden sei oder bis zur Einschreibung noch verfügen könne, was zu verneinen ist Erk. O.Tr. 27/5 1878 Gruchot XXIII. 114; Achilles Ges. 78b; Förster Eccius § 178, 49.

[18] R.St.B.O. § 3—8. Der Angabe des zu Grund liegenden Rechtsgeschäfts bedarf es nicht.

[19] R.St.B.O. § 9.

[20] In Hamburg gehörte die Verlassung dem ältesten Recht an, Achilles Beiträge 10 Nr. 2. 3, ist aber in der neuen H.O. beseitigt Hamburg H.O. § 1. Nach Lübeck H.O. § 34 ist das Aufgebotsverfahren nur bei Aufnahme von bisher nicht in die Hypothekenbücher eingetragenen Grundstücken vorgeschrieben.

[21] Hamburg H.O. § 4; Lübeck H.O. § 17. Ein gerichtliches Erkenntniß, welches den Eigenthümer eines Grundstücks zur Auflassung verurtheilt, steht der Bewilligung desselben gleich.

[22] Hamburg H.O. § 7; Lübeck H.O. § 30.

[23] Hamburg H.O. § 6; Lübeck H.O. § 29. Der Veräußerungsvertrag bedarf der Vorlegung nicht.

[24] Hamburg H.O. § 7. 50; Lübeck H.O. § 30.

Digitized by Google

sammenhang abgegeben zu werden[24]. Nach der Bremer E. und H.F.O. erfolgt der Eigenthumsübergang bei öffentlichem Verkauf durch Einhändigung des Zuschlagsprotokolls, bei Veräußerungen unter der Hand durch Lassung, welche nach vorangegangener öffentlicher Ladung aller Betheiligten (Abkündigung) vor einer Commission vorgenommen wird und den Eigenthumsübergang zur Folge hat[25]. Nach dem Gr.B.G. für Anhalt erfolgt die Einschreibung des Erwerbs auf Antrag des Eigenthümers oder des Erwerbers, wenn der letztere die Bewilligung des Eigenthümers beibringt, oder ein rechtskräftiges Erkenntniß vorlegt, durch welches der Eigenthümer zu dieser Bewilligung verurtheilt wird, oder wenn er den vollständigen Nachweis des Rechtsgrundes der Einschreibung beibringt, insoferne dieser ohne eine Erklärung des Berechtigten wirksam ist[26]. Nach Oesterreichischem Recht setzt die Eigenthumsübertragung von Immobilien durch ein Geschäft unter Lebenden Einverleibung (Intabulation) voraus[27]. Die Einverleibung erfolgt auf die in einer öffentlichen oder in einer beglaubigten Privaturkunde abgegebene Erklärung des legitimirten Eigenthümers, daß er das Eigenthum übertrage, und die Erklärung des Erwerbers, daß er die Uebertragung annehme[28]. Einer Beziehung auf das obligatorische Veräußerungsgeschäft bedarf es dabei nicht[29].

2. Die Landesrechte des Legalitätsprincips. Nach den Landesrechten des Legalitätsprincips setzt die Eintragung des Erwerbers voraus, daß der Rechtstitel, auf Grund dessen der Eigenthumsübergang erfolgen soll, nachgewiesen werde. Es findet sich dieß in folgender Weise geregelt:

a. Die eine Classe von Rechten setzt die Vorlage eines richterlich bestätigten Vertrags voraus, der für die Eintragung des Eigenthumserwerbs in das Grundbuch bestimmend ist. Es ge-

---

[25] Bremen Erb- und Handfestordnung § 10. 12. 13. 61. 63; Post P.R. III. § 41—49. Rechtskräftige Verurtheilung des Eigenthümers zur Vornahme der Lassung hat die Wirkung derselben E. u. H.F.O. § 63; Post P.R. III. § 49, 6.

[26] Anhalt Gr.B.G. 16/3 1877 § 23.

[27] Oesterreich A.B.G.B. § 431.

[28] Gr.B.G. § 31, 32, 97; Exner, Oesterr. H.R. § 26, 3. 4.

[29] Gr.B.G. § 32; Strohal, zur Lehre vom Eigenthum 34.

Digitized by Google

hören dahin die Rechte von Nassau[30] Hessen-Darmstadt[31] und Sachsen-Weimar[32].

b. Nach der anderen Classe von Rechten ist Nachweis des Rechtstitels und richterliche Prüfung desselben erforderlich, wobei, wenn die richterliche Prüfung ergeben hat, daß derselben kein Hinderniß entgegenstehe, die Eintragung des Erwerbers erfolgt. Dieß ist die Stellung der Rechte, deren Bestimmungen aus der Sächsischen H.O. 6/11 1843 abgeleitet sind, nämlich des Sächsischen B.G.B. und der H.O. von Sachsen-Altenburg, Reuß ä. L. und Reuß j. L. Durch die Sächsische H.O. 6/11 1843 wurde nämlich die dem gemeinen Sachsenrecht eigenthümliche gerichtliche Confirmation der Verträge mit darauf folgender Lehensauflassung (investitura allodialis) beseitigt[33]. Es wird jetzt nach diesen Rechten Nachweis des Rechtstitels in einer öffentlichen oder einer gerichtlich beglaubigten Urkunde[34] und richterliche Prüfung der Richtigkeit und Giltigkeit desselben vorausgesetzt[35]. Nach dem

---

[30] Stockbuchgesetz § 8; Bertram, P.R. § 127. 420—429.

[31] Hessen-Darmstadt E.G. § 4; Müller, Ingrossation § 11. 19. 20. 38. Nach Ges. 4/8 1871 haben auf Immobilien bezügliche Veräußerungsverträge verbindliche Kraft erst, wenn sie gerichtlich protokollirt sind. Ueber das Verfahren dabei und den Umfang des Prüfungsrechts vgl. Müller, Ingrossation § 19. 20. Dem Vertrag wird bei der Bestätigung die Bescheinigung beigefügt, daß der Ingrossation nichts im Wege stehe Müller, Ingrossation § 22 und 40.

[32] Ges. 20/4 1833 § 1 vgl. oben § 220, 29.

[33] Vgl. über die früher geltende Allodialinvestitur des gemeinen sächsischen Rechts oben § 258, 6. Durch H.G. 6/11 1843 § 6 wurde die bis dahin geltende gerichtliche Confirmation der Verträge und darauf folgende Allodialinvestitur beseitigt, und durch Eintragung in das Grundbuch nach vorgängiger Sachprüfung ersetzt, doch wurde in den Motiven zu H.G. § 6 hervorgehoben, daß für die der Eintragung vorausgehende causae cognitio die Grundsätze des früheren Rechts hinsichtlich der der Bestätigung vorangehenden Sachprüfung maßgebend sein sollten Heyne, Comment. I. 54. Das neuere k. sächsische Recht hat daran nichts geändert G.O. 1865 § 94. Auch in Sachsen-Altenburg Reuß ä. L. und Reuß j. L. ist die früher hier geltende Vertragsbestätigung und Allodialinvestitur durch die Hypothekenordnungen § 6 beseitigt und durch die Eintragung in das Hypothekenbuch ersetzt, die eine vorausgehende Prüfung des Rechtstitels voraussetzt Altenburg H.O. § 138; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 137.

[34] Sachsen G.O. § 168—173; Altenburg Reuß ä. L. u. j. L. H.O. § 144. 145.

[35] Sachsen G.O. 1865 § 94. 168—173. 198; Altenburg H.O. § 138;

Digitized by Google

Recht von Sachsen-Meiningen setzt die Eigenthumsübertragung Nachweis des Rechtsgeschäfts in einer öffentlichen Urkunde[36] und richterliche Prüfung desselben voraus. Ergibt diese, daß kein Hinderniß entgegenstehe, so erfolgt die Eintragung des Erwerbers[37]. Nach dem Ges. 6/6 1856 für Schwarzburg-Rudolstadt muß dem Antrag auf Eigenthumsübertragung Angabe und Bescheinigung des Rechtstitels beigegeben werden, und die Zuschreibung erfolgt nur nach vorangegangener Prüfung und Genehmigung in Form einer Urkunde[38].

II. Die gerichtliche Auflassung ist Voraussetzung des Eigenthumsübergangs nur bei freiwilliger Veräußerung durch ein Geschäft unter Lebenden; für den Eigenthumserwerb aus anderen Rechtstiteln dagegen kommen die für die einzelnen Rechtsinstitute geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung[39]. Es gilt dieß namentlich für den Eigenthumserwerb der Ehegatten bei Gütergemeinschaft[40] und der Kinder bei fortgesetzter Gütergemeinschaft[41], den Eigenthumserwerb durch Verbindung[42], durch Oc-

---

Reuß ä. L. und j. L. § 137. Für die richterliche Prüfung sind die Grundsätze, welche nach früherem Recht für die der Vertragsbestätigung vorangehende Sachprüfung galten, maßgebend geblieben oben Note 33. Die Prüfung erstreckt sich auf die Dispositionsbefugniß der Betheiligten, die Giltigkeit und den Inhalt des Rechtsgeschäfts auf dessen Grund eine Eintragung nachgesucht wird, die Beschaffenheit der vorgelegten Urkunden und die Legitimation zur Sache Siegmann H.O. 28.

[36] Gesetz, die Anlegung von Grundbüchern 15/7 1862 Art. 31.

[37] Gesetz 15/7 1862 Art. 25. 26. Auch hier ist die Eintragung in das Grundbuch an die Stelle der früher geltenden Vertragsbestätigung und Allodialinvestitur getreten.

[38] Gesetz 6/6 1856 die gerichtliche Uebereignung unbeweglicher Sachen betr. § 3. 4. 12.

[39] Pr. E.E.G. § 5.

[40] Vgl. oben § 102, 27; § 104, 1. Nach Pr. Gr.B.O. § 50, Oldenburg Gr.B.O. § 44 und Coburg-Gotha Gr.B.O. § 47 erfolgt die Eintragung nur auf Antrag eines Ehegatten. Nach Einf.G. für Ehrenbreitstein 30/5 1873 § 5 erfolgt die Eintragung bei partikulärer Gütergemeinschaft auf einseitigen Antrag des Ehemannes.

[41] Vgl. oben § 111, 24; Pr. G.B.O. § 50; Dernburg Hinrichs § 22, 14. Nach E.G. für Neuvorpommern 26/5 1873 § 11 ist die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Antrag des überlebenden Ehegatten einzutragen.

[42] Es gehört dahin nach Preußischem und Oesterreichischem Recht das Bebauen oben § 244, 21. 28, nach beiden jedoch nicht unbestritten Dernburg

Digitized by Google

cupation [43], durch Ersitzung [44], der Eigenthumsübergang bei Expropriation [45] und Gemeinheitstheilung oder Zusammenlegung [46]; ferner nach einzelnen Rechten für den erbschaftlichen Uebergang [47]

Hinrichs § 19, 8, Strohal, Eigenthum § 14; ferner die Avulsion oben § 244, 52—55; die im Fluß entstandene Insel oben 244, 67, und das verlassene Flußbett oben § 244, 82; Dernburg Hinrichs § 19 Nr. 2; Müller, Ingrossation § 33; Randa, Eigenthumsrecht § 17, 6 folg.

[43] Müller, Ingrossation § 33; vgl. oben § 245, 18. Hierauf ist nach Preußischem Landrecht der Eigenthumserwerb am Abriß oben § 244, 55 und an Inseln oben § 244, 79 zurückzuführen. Für letztere gilt dieß auch nach Oesterreichischem Recht oben § 244, 75.

[44] Hessen E.G. Art. 3, 2; Müller, Ingrossation § 34; Randa, Eigenthumsrecht § 17, 12. Dieß gilt nicht nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. § 279, nach welchem die Ersitzung von Immobilien überhaupt ausgeschlossen ist oben § 249, 18, dann nach den Rechten von Hamburg und Lübeck und nach Braunschweigischem Recht an eingetragenen Immobilien vgl. oben § 249, 31. Ueber die Gestaltung der Ersitzung, soweit sie noch zulässig ist, nach den Grundbuchgesetzen des Grundbuchsystems vgl. unten § 261, 11. Besondere Bestimmungen gibt Pr. Gr.B.O. § 135 für die Behandlung der Eintragung auf Grund der Ersitzung bei Anlegung neuer Grundbuchblätter.

[45] Bei Expropriation geht das Eigenthum ohne Auflassung auf den Exproprianten über oben § 246, 72. 73; Dernburg Hinrichs § 19, 9; Randa, Eigenthumsrecht § 7. 110 und 118.

[46] Achilles Ges. 90 Nr. 6; Dernburg Hinrichs § 19, 4. § 20; Braunschweig Ges. 8/3 1878 betreffend Erwerb des Grundeigenthums bei Gemeinheitstheilungen; Sondershausen E.E.G. § 57.

[47] Pr. Gr.B.O. § 51; Altenburg H.O. § 178; Reuß j. L. H.O. § 177; Reuß ä. L. H.O. § 175; Meiningen Ges. 15/7 1862 Art. 3. 4; Nassau Stockbuchgesetz § 9; Hessen-Darmstadt E.G. Art. 3. 8. 11 Müller, Ingrossation § 10. 29—31; Hamburg H.O. § 14; Lübeck H.O. § 22. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Unger, Ö. P.R. § 74, 24; Strohal, Eigenthum § 8; Randa, Eigenthumsrecht § 17, 15. Nach älterem sächsischen Recht war zum erbschaftlichen Uebergang von Immobilien Allodialinvestitur erforlich, was durch Decis. 1 von 1746 anerkannt wurde Heimbach P.R. § 187, 3; Curtius, C.R. § 540 d. Dieß war durch die allgemeine Bestimmung des H.G. 6/11 1843 § 6 beseitigt, und es war durch dieses Gesetz § 174 nur vorgeschrieben, daß die Erben zur Eintragung des erbschaftlichen Uebergangs angehalten werden sollten. Durch die Bestimmungen des B.G.B. § 277. 2286 und G.O. 1865 § 197 ist aber für das Königreich Sachsen der Grundsatz, daß der erbschaftliche Uebergang die Eintragung in das Grundbuch voraussetze, wieder hergestellt vgl. Wächter, Platzrecht 231, 1. Die gleiche Bestimmung haben: Mecklenburg R.St.B.O. § 7. 8. 1; Weimar Ges. 11/3 1839 § 1; Anhalt Gr.B.G. § 2; Rudolstadt E.G. Art. 1. 5. 13.

Digitized by Google

und den Erwerb des Legatars[48], nach Preußischem Recht für den Erbschaftskauf[49], dann für den Eigenthumserwerb durch Adjudikation[50] und Subhastation[51]. Jedoch ist in diesen Fällen die Disposition über das Objekt, soweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die mit dem Grundbuch in Verbindung stehen, von der Eintragung des Eigenthumsübergangs in das Grundbuch abhängig[52]. Eine Ausnahme ist nur insoferne begründet, als nach einzelnen Rechten Miterben ein ererbtes Grundstück unter sich oder an einen Dritten auflassen können, ohne daß der Eigenthumsübergang auf sie vorher im Grundbuch eingetragen ist[53]. Zur

[48] Das angefallene Vermächtniß einer dem Erblasser gehörigen Sache geht nach Preußischem Landrecht mit dem Tod des Erblassers, gemeinrechtlich mit dem Antritt des Erben auf den Legatar über Roth, Bayr. C.R. (1) § 365, 18. 25, daher ist hier Auflassung nicht erforderlich Darmstadt E.G. Art. 3; Müller, Ingrossation § 30, 17. Doch hat nach Pr. Gr.B.O. § 53 der Legatar die Einwilligung des Erben beizubringen. Die gleiche Bestimmung hat Mecklenburg R.St.B.O. § 8 Nr. 4. Nach Oesterreichischem Recht ist Antretung des Legatars und daher Auflassung erforderlich Strohal, Eigenthum § 9. Nach Sachsen B.G.B. § 2426 erwirbt zwar der Legatar das Legat mit dem Tod des Erblassers, allein nach B.G.B. § 277 geht das Eigenthum unbeweglicher Sachen erst mit der Eintragung auf ihn über.

[49] Nach Preußischem Recht ist der Erbschaftskauf Veräußerung des Erbrechts, der Käufer also Erbe der der Auflassung nicht bedarf Erk. O.Tr. 14/9 1877 Entsch. LXXX. 261; Achilles Ges. 90 Nr. 2; Dernburg Hinrichs § 22, 15. Dagegen ist nach gemeinem und Oesterreichischem Recht der Erbschaftskauf Kauf des Erbvermögens Unger, E.R. § 49, 3, daher ist Auflassung erforderlich Mannsfeld, Grundbuchgesetze 73. Nach Sachsen B.G.B. § 2372 wird zwar der Erbschaftskauf auch als Veräußerung des Erbrechts aufgefaßt, allein nach den Note 57 angeführten Bestimmungen des sächsischen B.G.B. ist Eintragung erforderlich.

[50] Dieß gilt für alle Fälle der Adjudikation nur nach gemeinem Recht oben § 252, 1. 2. 8; nach Preußischem und Oesterreichischem Recht nur bei Adjudikation im Grenzscheidungsproceß oben § 252, 8. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. ist die Adjudikation bei Immobilien nur ein Titel zur Auflassung oben § 252, 4. 5.

[51] Der Zuschlagsbescheid ist nach den oben § 252, 11 angeführten Rechten nur ein Titel zur Eigenthumsübertragung, während nach den oben § 252, 10 angeführten Rechten mit dem Zuschlag das Eigenthum von selbst auf den Erwerber übergeht.

[52] Pr. E.E.G. § 5. Nach Darmstadt E.G. § 3 ist in diesen Fällen die Geltendmachung des Eigenthums Dritten gegenüber von der Eintragung abhängig Müller, Ingrossation § 10, 2.

[53] Pr. E.E.G. § 5; Dernburg Hinrichs § 26, 31; Altenburg H.O. § 175.

Digitized by Google

Anmeldung des Eigenthumsübergangs zum Grundbuch in den Fällen, in welchen Auflassung nicht erforderlich ist, kann nach einigen Rechten der Eigenthümer von einem dinglich Berechtigten oder einer Behörde angehalten werden [54].

III. Zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung kann der Antragsteller eine Vormerkung erwirken [55].

IV. Dispositionsbeschränkungen, soweit sie zur Eintragung geeignet sind [56], erlangen Wirkung gegen Dritte die sie nicht gekannt haben nur durch Eintragung [57].

176; Reuß j. L. H.O. § 174. 175; Reuß ä. L. H.O. § 172. 173; Meiningen Ges. 15/7 1862 Art. 5; Anhalt G.B.G. 16/3 1877 § 7; Lübeck H.O. § 21. 22; Nassau Min.V. 31/5 1854 § 33; Darmstadt Min.V. 9/9 1854 Müller, Ingrossation § 37, 2. Ausdrücklich ausgeschlossen ist dieß Mecklenburg R.St.B.O. § 7, 3 und Hamburg H.O. § 14. Nach Oesterreich Gr.B.G. § 23 kann ein zu einer Verlassenschaft gehöriges Immobile, wenn es veräußert wird, unmittelbar nach dem Erblasser auf den Erwerber eingetragen werden.

[54] Pr. Gr.B.O. § 55. 56; Achilles Ges. 402. Nach Altenburg H.O. § 178, Reuß ä. L. H.O. § 175 und Reuß j. L. H.O. 177 ist dieß beim erbschaftlichen Uebergang vorgeschrieben.

[55] Pr. E.E.G. § 8; Gr.B.O. § 88. 89; Dernburg Hinrichs § 27; Erk. R.G. 17/12 1881 Entsch. VII. 55; Sachsen G.O. 1865 § 119, B.G.B. § 143; Altenburg H.O. § 22. 139; Reuß j. und ä. L. H.O. § 22. 138.; Meiningen Ges. 15/7 1862 § 28; Anhalt Gr.B.G. 11/3 1877 Art. 11; Hessen-Darmstadt Ges. 21/12 1852 Art. 18; Müller, Ingrossation § 41. 42. 57—60; Hamburg H.O. § 27. 68; Oesterreich Gr.B.G. § 35.

[56] Zur Eintragung eignen sich Beschränkungen die aus der Qualität des Eigenthums selbst hervorgehen wie Lehens- und Fideicommißeigenschaft, Substitutionen, auflösende Bedingungen, Veräußerungsverbote, das Vorkaufsrecht Achilles Ges. 128 Nr. 4; Mecklenburg R.St.B.O. § 2. II. 1. § 11; Randa, Eigenthumsrecht § 20, 35; dann persönliche Beschränkungen des Eigenthümers in der Verfügung über das Eigenthum wie Arreste, gerichtliche Veräußerungsverbote, Eröffnung des Konkursverfahrens Achilles Ges. 125; Altenburg H.O. § 154; Reuß ä. L. und j. L. § 153. Dagegen werden Beschränkungen der Verfügungsfähigkeit des Eigenthümers z. B. in Folge von Curatelbestellung nicht eingetragen. Abweichend schreibt Oesterreich G.B.G. § 20a die Eintragung auch der letzteren vor vgl. oben § 220, 74.

[57] Pr. E.E.G. § 11; Pr. Gr.B.O. § 54; Dernburg Hinrichs § 30; Erk. R.G. 20/5 1882 Entsch. VII. 71; Mecklenburg R.St.B.O. § 11. 48; Meibom, H.R. § 12, 3; Anhalt Gr.B.G. § 5. 17. In Hamburg H.O. § 19—23 werden dieß Clauseln in Lübeck H.O. § 49—55 Noten genannt; in Oesterreich Anmerkungen Exner, H.R. § 25, 11.

Digitized by Google

§ 261.

3. Wirkung der gerichtlichen Auflassung.

Als Wirkungen der gerichtlichen Auflassung sind anzuführen:

I. Durch die Auflassung geht das Eigenthum des aufgelassenen Grundstücks auf den Erwerber über[1]. Als Zeitpunkt des Eigenthumsübergangs erscheint der der Vollendung der Eintragung[2]. Nach Preußischem[3] und Darmstädtischem Recht[4] muß der Besitz besonders übertragen werden, während nach den übrigen Rechten dieß nicht erforderlich ist[5]. Dagegen wird durch Tra-

---

[1] Pr. E.E.G. § 1; Sachsen B.G.B. § 276; Altenburg und Reuß H.O. § 2; Darmstadt E.G. Art. 1 Müller, Ingrossation § 9; Anhalt G.B.G. § 2; Mecklenburg R.St.B.O. § 1; Hamburg H.O. § 6; Lübeck H.O. § 29; Oesterreich A.B.G.B. § 441, Gr.B.Ges. § 4, Strohal, Eigenthum 44, 2. Nach Rudolstadt E.G. § 1 tritt der Eigenthumserwerb durch gerichtliche Zuschreibung ein. Nach Darmstadt E.G. Art. 26. 28. 34 erzeugt die Eintragung in das Grundbuch für den Eingetragenen die Vermuthung des Eigenthums Müller, Ingrossation § 12, 2. § 67.

[2] Förster Eccius § 178, 49. Für das Preußische Recht nimmt Dernburg, P. P.R. I. § 242, 9 an, daß der Eigenthumsübergang für die Contrahenten mit der Auflassung eintrete s. dagegen Achilles Ges. 78b; Bahlmann, Gr.B.R. 28 Nr. 7. Nach den andern Rechten ist es unbestritten, daß der Eigenthumsübergang erst mit der Eintragung eintritt.

[3] Das Preußische E.E.G. erwähnt das Verhältniß der Auflassung zur Besitzeinräumung nicht, und es ist daher von der Preußischen Jurisprudenz nicht bezweifelt, daß wie nach früherem Recht besondere Besitzeinräumung erforderlich sei Förster, Gr.B.R. 93; Achilles Ges. 82c. 97 f., weßhalb nach Preußischem Recht der Uebergang der Gefahr auch erst mit Besitzeinräumung angenommen wird Achilles Ges. 82; Förster, Gr.B.R. 94; Förster Eccius § 108, 63. Ebenso geht aber mit Besitzeinräumung vor der Auflassung die Gefahr auf den Besitzer über Erk. R.G. 13/5 1882 Entsch. VII. 69.

[4] Müller, Ingrossation § 9, 3; § 25, 1.

[5] Diesen Grundsatz haben unsere neueren Landesrechte überwiegend anerkannt Sachsen B.G.B. § 276; Altenburg und Reuß H.O. § 2; Weimar Ges. 20/4 1833 § 3; Rudolstadt E.G. § 1; Mecklenburg R.St.B.O. § 5; Hamburg H.O. § 6; Lübeck H.O. § 29; Oesterreich A.B.G.B. § 441; Strohal, Eigenthum 26. In der Nassauischen Praxis ist er in Consequenz des Stockbuchgesetzes § 5 anerkannt Erk. Berlin 23/6 1871 F. M. II. Nr. 94. Es findet sich dieß schon im älteren Recht Stobbe, Auflassung 199, 165. Für die Auflassung nach Münchener Stadtrecht ist dieser Grundsatz noch jetzt anerkannt Hartter in Bl. f. R.A. XIII. 257; Erk. München 23/1 1875 Sammlg. V. 305.

Digitized by Google

dition ohne Auflassung Eigenthum nicht übertragen[6]. Der Besitzer ist der Vindikation des eingetragenen Eigenthümers ausgesetzt, dem gegenüber er nach Preußischem Recht seine Rechte nur auf dem Weg der Klage oder Widerklage geltend machen kann[7], während er nach den anderen Rechten die exceptio rei venditae et traditae hat[8]. Dagegen hat er Dritten gegenüber die Rechte des redlichen Besitzers, daher die possessorischen Rechtsmittel[9] und die Publicianische Klage[10].

II. Gegen den eingetragenen Eigenthümer ist die Ersitzung ausgeschlossen[11]. Ebenso findet die erlöschende Verjährung der in das Grundbuch eingetragenen Rechte nicht statt[12].

Gegen diesen Grundsatz erklären sich Beseler, P.R. § 91, 5; Meischeider, Besitz 268.

[6] Der eingetragene Eigenthümer kann nach wie vor alle Verfügungen vornehmen, und diese bleiben bei Bestand, insoferne sie durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt sind.

[7] Pr. E.E.G. § 7; Oldenburg E.E.G. § 6; Coburg-Gotha E.E.G. § 7; Detmold E.E.G. § 6; Sondershausen E.E.G. § 7; Achilles Ges. 98 Nr. 2; Dernburg, P. P.R. I. § 243, 8. Die exceptio rei venditae et traditae ist ihm damit abgesprochen.

[8] Müller, Ingrossation § 10, 19; § 25, 5; Erk. Dresden 5/11 1851 Sf. VI. 145; Rostock 3/12 1864 Sf. XIX. 214; Lübeck 16/2 1878 Sf. XXXIV. 14. Ausdrücklich ist dieß abweichend von der Bestimmung des Pr. E.E.G. § 7 anerkannt Braunschweig E.E.G. § 9.

[9] Achilles Ges. 99.

[10] Achilles Ges. 99 f.; Dernburg Hinrichs § 21, 52; Müller, Ingrossation § 10, 6; Strohal, Eigenthum 89, 40; Erk. Rostock 3/12 1864 Sf. XIX. 214. Ausdrücklich abgesprochen ist sie ihm Braunschweig E.E.G. § 5.

[11] Meiningen E.G. Art. 2; Altenburg und beide Reuß H.O. § 24; Anhalt E.G. § 8; Darmstadt E.G. Art. 33; Pr. E.E.G. § 6; Coburg-Gotha E.E.G. § 6; Oldenburg E.E.G. § 5; Detmold E.E.G. § 5; Sondershausen E.E.G. § 6; Schaumburg E.E.G. § 6. Nach denjenigen Rechten, welche die Ersitzung an Immobilien überhaupt oder an eingetragenen Immobilien ausschließen, ist die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer von selbst ausgeschlossen vgl. oben § 249, 31. Dagegen läßt das Oesterreichische Recht die außerordentliche Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer zu, oben § 251, 27.

[12] Pr. L.R. I. 9. 511; Neuvorpommern E.G. § 7; Schleswigholstein E.G. § 30; Hannover E.G. § 9; Kurhessen E.G. § 7; Ehrenbreitstein E.G. § 6; Hohenzollern E.G. § 4; Oldenburg E.E.G. § 15; Braunschweig E.E.G. § 23; Sachsen B.G.B. § 151; Altenburg und beide Reuß H.O. § 26; Meiningen E.G. Art. 2; Anhalt E.G. § 8; Hamburg H.O. § 5; Lübeck H.O. § 18.

Digitized by Google

In Anwendung davon ist nach Preußischem Recht die Vindikationsklage des eingetragenen Eigenthümers der Verjährung entzogen [13].

III. Die Auflassung kann angefochten werden, wobei sich jedoch die Anfechtung verschieden gestaltet, jenachdem die Landesrechte der Auflassung constitutiven oder deklaratorischen Charakter beilegen.

1. Nach den Landesrechten, welche die abstrakte Natur der Bucheinträge anerkennen, hat der Benachtheiligte nur eine persönliche Klage gegen den Eingetragenen und seine Erben auf Tilgung des Eintrags. Es gilt dieß nach den H.O. von Hamburg und Lübeck [14], der Mecklenburgischen R.St.B.O. [15], und dem Recht des Sächsischen B.G.B. [16].

2. Nach den Landesrechten, welche der Auflassung deklaratorische Wirkung beilegen, ist gegen die Auflassung theils die dingliche theils die persönliche Klage gegeben, jenachdem die Auflassung als nichtig oder als anfechtbar erscheint. Nach Preußischem Recht und den daraus abgeleiteten Rechten kann, wenn die Auflassung nichtig ist [17], die Anerkennung der Nichtigkeit derselben

---

[13] Pr. E.E.G. § 7; Meiningen E.G. Art. 2.

[14] Hamburg H.O. § 2. 3 und gleichlautend Lübeck H.O. § 15. 16, oben § 222, 102. Hiernach hat der Benachtheiligte nur eine persönliche Klage gegen seinen Contrahenten, gegen einen Dritten, auf welchen die Sache weiter übertragen ist, kann er die Klage nur unter der Voraussetzung stellen, daß demselben die Mitwirkung zu einer betrügerischen Handlung dargethan werden kann.

[15] Nach Mecklenburg R.St.B.O. § 36 oben § 222, 104 kann derjenige, zu dessen Nachtheil eine Verlassung geschehen ist, seine Rechte nur mit der persönlichen Klage nur gegen diejenigen geltend machen, die mit ihm in vertragsmäßigen oder unmittelbaren gesetzlichen Rechtsbeziehungen stehen. Gegen Dritte, welche daraus Rechte erworben haben, ist dieser Anspruch nur gegeben, wenn ihnen böser Glaube nachgewiesen werden kann.

[16] Nach Sachsen B.G.B. § 278 hat, wenn die Eintragung auf Grund eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen ist, der eine Betheiligte gegen den andern Betheiligten einen persönlichen Anspruch auf Löschung, wobei jedoch, wenn Dritte später als Eigenthümer eingetragen worden sind, eine Löschung ihrer Eintragung nur verlangt werden kann, wenn sie zur Zeit der Eintragung von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der früheren Eintragung Kenntniß hatten, vgl. oben § 222, 103.

[17] Pr. E.E.G. § 9. Dieß ist der Fall, wenn die Auflassung gar nicht vollzogen ist Achilles Ges. 109a, und wenn die Auflassungshandlung nichtig

Digitized by Google

und Wiedereintragung des Klägers als Eigenthümer erwirkt werden [18]. Die Klage ist, wenn sie zugleich auf Herausgabe des Grundstücks gerichtet ist, die Vindikationsklage, außerdem eine analoge Nachbildung derselben [19]. Ist die Willenserklärung des Auflassenden anfechtbar [20], oder wird sie auf Grund des Rechtsgeschäfts, das zu der Auflassung Veranlassung gegeben hat, angefochten [21], so steht dem Anfechtenden nur eine Condiktion auf Rückauflassung zu [22]. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch in denjenigen Rechtsgebieten, in denen sie sonst noch besteht, ausgeschlossen [23]. Die gleichen Grundsätze gelten auch für die anderen Landesrechte, welche die abstrakte Natur der Bucheinträge nicht anerkennen [24], und kommen auch nach Oesterreichischem Recht zur Anwendung [25].

---

ist namentlich bei mangelnder Dispositionsfähigkeit des Auflassenden Mansfeld, Gr.B.R. 31, 1, bei wesentlichem Irrthum hinsichtlich des Gegenstandes Achilles Ges. 111, bei Simulation Achilles Ges. 110a. Vgl. Förster Eccius § 178, 59. Legitimirt ist nur der wahre Eigenthümer nicht der bloße Besitzer Erk. R.G. 23/5 1880 Entsch. II. 64.

[18] Achilles Ges. 112; Förster Eccius § 178 S. 280; Mannsfeld, Grundbuchgesetze 31.

[19] Achilles Ges. 109, 1a; Dernburg Hinrichs, H.R. § 21, 44; Förster Eccius § 178, 61.

[20] Achilles Ges. 110, 1b; Förster Eccius § 178 vor Note 62. Dieser Fall ist in Pr. E.E.G. § 9 mit dem der nichtigen Auflassung zusammengestellt. In Braunschweig E.E.G. § 11. 12 sind beide Fälle unterschieden.

[21] Pr. E.E.G. § 10. Es erstreckt sich dieß jedoch nicht auf einen Mangel der Form, da dieser durch die Auflassung geheilt wird. Dieß gilt nach Preußischem Landrecht auch für mündliche Nebenverabredungen zu schriftlichen Verträgen, welche sonst nach L.R. I. 5. 127–129 ungiltig sind Erk. R.G. 29/6 1880 Entsch. II. 78.

[22] Förster Eccius § 178, 62.

[23] E.G. Kurhessen § 40; E.G. Neuvorpommern § 10; E.G. Waldeck § 26; E.G. Schleswigholstein § 15; E.E.G. Braunschweig § 76.

[24] Von den anderen Grundbuchgesetzen haben Bestimmungen nur: Darmstadt E.G. Art. 33, 1: wird die zu Gunsten des eingetragenen Erwerbers laufende Ersitzungszeit durch eine auf Grund der Ungiltigkeit des Erwerbstitels beziehungsweise des Eintrags erhobene Klage unterbrochen .... Meiningen E.G. Art. 2: wird wegen Ungiltigkeit des eignen Rechtstitels eines Eingetragenen die Eintragung wieder beseitigt oder beschränkt, so geschieht dieß unbeschadet der inzwischen durch neue Eintragungen zu Gunsten Dritter ertheilten Rechte. Anhalt Gr.B.G. § 10: Die Anfechtbarkeit von Eintragungen und Lö-

Digitized by Google

IV. Nach einzelnen Landesrechten ist eine abgekürzte Verjährung der gegen die Auflassung gerichteten Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegeben[26].

Caput 3.

Schutz des Eigenthums.

§ 262.

1. Die Eigenthumsklage[1].

Das ältere Deutsche Recht hatte die Eigenthumsklage für Mobilien nicht unbeschränkt anerkannt, vielmehr principiell zwischen verlorenem und anvertrautem Gut unterschieden. Nur demjenigen, dem eine Sache wider seinen Willen entzogen war, stand die Vindikation zu[2]; derjenige dagegen, der den Besitz einer beweglichen

---

schungen im Grundbuch ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Ich halte es für zweifellos, daß auch nach den anderen Grundbuchgesetzen, welche die abstrakte Natur der Bucheinträge nicht anerkennen die Rechtsmittel nach den Anfechtungsgründen zu unterscheiden sind, so daß bei Nichtigkeit die dingliche bei Anfechtbarkeit die persönliche Klage gegeben ist, vgl. oben § 222, 121.

[25] Gegen Exner, H.R. § 14 der immer nur eine Condiktion für gegeben hält, führt dieß Schiffner, Lehrbuch Heft 4 § 109, 14 aus, und es wird diese Auffassung von Strohal, Eigenthum 3, 2 und Randa, Eigenthumsrecht 443—446 getheilt, vgl. oben § 222, 122.

[26] Nach Darmstadt E.G. Art. 27, 1 ersitzt der im Grundbuch eingetragene Eigenthümer in 5 Jahren Müller, Ingrossation § 13, 68. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 1467 galt eine besondere Tabularersitzung für den eingetragenen Eigenthümer Unger, Ö. P.R. § 104. 105; durch Gr.B.G. 25/7 1871 § 61—71 ist derselben der ursprüngliche Charakter der Extinktivverjährung wieder beigelegt, vgl. oben § 250, 18.

[1] Schmid, Handbuch § 15; Windscheid § 192—197; Bangerow § 332—334; Brinz, Pandekten (2) § 167—170; Förster Eccius § 180; Dernburg, P. P.R. I. § 188. 246; Roth, Bayr. C.R. (1) § 149; Lang, Sachenrecht § 57—60; Curtius, P.R. § 600—607; Post, P.R. II. 1. § 52—54; Baumeister, P.R. § 34. 35; Wilmowski, Lübisches Recht § 34. 35; Zachariä § 215a. § 218; Aubry § 183; § 219.

[2] Es galt dieß nicht bloß für geraubte und gestohlene Sachen, sondern auch für andere Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes s. den Nachweis bei Laband, dingliche Klagen 78—84. Es ist dieß jetzt die gewöhnliche Meinung Mittermair, P.R. § 153, 10; Stobbe, P.R. § 146, 14. Die Klage war nicht

Digitized by Google

Sache freiwillig unter der Bedingung späterer Rückgabe einem andern übertragen hatte, konnte wenn dieser sie aus seiner Gewere gelassen, seine Rechte nicht gegen den dritten Besitzer verfolgen, sondern er mußte sich an seinen Contrahenten halten, und diesem gegenüber seine Ansprüche geltend machen (Hand muß Hand wahren)[3]. Ausnahmen waren gleichwohl in beiden Fällen schon früher gegeben[4]. Mit der Reception des römischen Rechts verlor indeß dieses Institut seine allgemeine Geltung[5]. In dem gemeinrechtlichen Rechtsgebiet hat es sich nur in einzelnen Statuten erhalten[6], und ist in dem überwiegenden Theil desselben durch die

---

vindicatio, sondern hatte den Charakter einer actio in rem scripta Stobbe, P.R. § 146, 7. Sie stand nicht nur dem Eigenthümer sondern jedem zu der unfreiwillig den Besitz verloren hatte Stobbe, P.R. § 146, 14a.

[3] S. die Literatur bei Stobbe, P.R. § 146, 1, worunter besonders hervorzuheben Budde de vindicatione rerum mobilium 1837; Gerber in Z. f. C.Pr. XI. 1; Renaud, die Eigenthumsklage in Bezug auf Mobilien Kritische Z. f. R.W. des Auslands XVII. 137. 212; Goldschmidt, über den Erwerb dinglicher Rechte in Z. f. H.R. VIII. 225. IX. 1; Heusler, die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe 1871; Laband, vermögensrechtliche Klagen 50 f. Zu vergleichen sind: Eichhorn, P.R. § 171. 172; Mittermaier, P.R. § 153; Gerber, P.R. § 102; Gengler, P.R. § 62; Beseler, P.R. § 86; Stobbe, P.R. § 146; Goldschmidt, H.R. (1) § 79; Exner, Tradition 58 f.; Franken, Gutachten in Verhandlungen des Juristentags 1880, 13. 131. Auch für diese Klage war jeder Besitzer legitimirt Stobbe, P.R. § 146, 24.

[4] So wurde auch bei unfreiwilligem Verlust die Vindikation ausgeschlossen für die in gutem Glauben auf offenem Markt erkauften und für die über See gebrachten Sachen; in anderen Fällen war eine Lösungspflicht gegeben Goldschmidt, H.R. (1) § 79, 42; Stobbe, P.R. § 146, 20—23. Bei freiwilliger Besitzübertragung waren Ausnahmen für Veruntreuungen durch Dienstboten, Handwerker und Depositare gemacht Beseler, P.R. § 86, 7 f.; Stobbe, P.R. § 146, 27 f., oder dem Eigenthümer allgemein ein Einlösungsrecht gegeben Beseler, P.R. § 86, 10; Stobbe, P.R. § 146, 33.

[5] In Sachsen kam der Grundsatz frühzeitig außer Uebung Maurenbrecher, Privatrecht § 238, 2; Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII. 260, 5; ebenso in Bayern, wo er früher im Landrecht und Stadtrecht anerkannt war Kreittmayr, Anm. 3b zu Bayr. L.R. II. 2. 7, und in Braunschweig Erk. Wolfenbüttel 8/7 1871 Z.Br. XIX. 202.

[6] Es sind dieß: Hamburg St. II. 2. 7; II. 4. 2; II. 8. 8; II. 9. 7. 18; Baumeister, P.R. § 34. 35; Lübeck St. III. 2. 1. 21; III. 4. 9; III. 8. 17; Erk. O.Tr. 5/12 1870 F.M. II. 36; Wilmowski, Lübisches Recht § 34. 35; Rostock St. III. 2, 1—4 Erk. Rostock 28/11 1866 und 25/3 1867 Budde VI.

Digitized by Google

gemeinrechtlichen Bestimmungen ersetzt. In der Hauptsache stehen auf dem Standpunkt des römischen Rechts das Preußische Landrecht[7] und das Sächsische B.G.B.[8], während das Oesterreichische[9] und Französische Recht[10] wenn auch mit Modifikationen die deutsch-

24; Bremen Post, P.R. II. 1 § 52—54; Holstein im Gebiet des Sachsenrechts Erk. Kiel 14/4 1870 Anz. 71. 255; O.Tr. 2/11 1876 F.M. VIII. 21.

[7] Nach Preußischem Landrecht ist die Vindikation ausgeschlossen in den Fällen, in welchen durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erworben wird vgl. oben § 254, 17. 19. 20. 21. Es ist dieß aber nicht als Beschränkung der Vindikation aufzufassen, da gegen den Eigenthümer nicht vindicirt werden kann. Es ist dieß zwar in den betreffenden Gesetzesstellen nicht direkt ausgesprochen, allein in der Praxis wird unbeanstandet angenommen, daß der Erwerber in den vom Gesetz bezeichneten Fällen Eigenthümer werde und daß dieß der Grund der Ausschließung der Vindikation sei Koch, P. P.R. § 253; Förster Eccius § 180, 57; Exner, Tradition 66, 57. Es erscheint dieß auch insoferne als gerechtfertigt, als Pr. L.R. I. 10. 3 durch Verweisung auf L.R. I. 15. 42 den Eigenthumsübergang auf den Erwerber in dem letzteren Fall anerkennt. In allen anderen Fällen ist nach Preußischem Recht die Vindikation gegen jeden Besitzer zulässig, und das Preußische Recht unterscheidet sich von dem gemeinen Recht nur dadurch, daß es dem gutgläubigen entgeltlichen Erwerber einen Lösungsanspruch gewährt unten Note 89.

[8] Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. ist die Vindikation ausgeschlossen in den Fällen, in welchen durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erworben wird oben § 254, 20, 23, 24; es gilt hiefür das Note 7 Gesagte. In allen übrigen Fällen ist Vindikation gegen jeden Besitzer zulässig, und es ist nur in bestimmten Fällen dem gutgläubigen entgeltlichen Erwerber ein Lösungsanspruch gegeben unten Note 90.

[9] Das Oesterreichische Recht läßt zwar die Vindikation allgemein gegen jeden Inhaber zu unten Note 33 und schließt die Eigenthumsklage in den Fällen aus, in welchen durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erworben wird, oben § 254, 25. 26, es steht aber insoferne dem Standpunkt des älteren Deutschen Rechts näher als das Preußische und Sächsische Recht, als es durch Uebertragung von Seite eines Detentors, der die Detention der Sache mit dem Willen des Eigenthümers begonnen oder fortgesetzt hat, durch den gutgläubigen entgeltlichen Erwerber Eigenthum erwerben läßt oben § 254, 23. Ein Lösungsanspruch ist nach Oesterreichischem Recht nicht gegeben, unten Note 86.

[10] Nach französischem Recht ist die Vindikation von Mobilien nur gegeben, insoferne sie gestohlen oder verloren sind, und auch hier hat der Beklagte einen Lösungsanspruch, wenn er sie auf einem Markt in einer Versteigerung oder von einem Kaufmann erworben hat. In allen anderen Fällen ist die Vindikation gegen den Besitzer, der mit der Absicht des Eigenthümers besitzt, ausgeschlossen s. unten Note 24. 27.

Digitized by Google

rechtliche Beschränkung der Vindikation angenommen haben. Es gelten hiernach für die Eigenthumsklage folgende Grundsätze:

I. Gegenstand. Gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht können nur körperliche Sachen vindicirt werden[11]; nach Preußischem Landrecht können auch selbstständige Gerechtigkeiten und dingliche Rechte vindicirt werden, und zwar gegenüber demjenigen, der sie durch Anmaßung gleicher dinglicher Berechtigungen beeinträchtigt, nicht gegenüber dem Eigenthümer der belasteten Sache[12]. Vindicirt werden können nur einzelne bestimmt bezeichnete Sachen ganz oder zum Theil[13], oder eine Sachgesammtheit als Ganzes[14], nicht aber ein Inbegriff von Vermögensrechten[15]. Ausgeschlossen ist die Vindikation derjenigen Sachen, an denen durch Uebertragung von Seite eines Nichteigenthümers Eigenthum erworben worden ist[16]. Nach den Rechten von Lübeck und Hamburg kann der Eigenthümer gestohlene und geraubte bewegliche Sachen überall vindiciren[17]. Dagegen kann

---

[11] l. 1 § 1 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 69; Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 295; Oesterreich A.B.G.B. § 366.

[12] Pr. L.R. I. 15. 3. Dagegen ist die Vindikation von persönlichen Rechten und Forderungsrechten unzuläßig Förster Eccius § 180, 63. Ob sich dieß auch auf Hypothekforderungen erstrecke ist bestritten Förster Eccius § 180, 64.

[13] l. 3 § 2, l. 6, l. 76 pr. D. 6. 1 Schmid, Handbuch § 15. 84; Oesterreich A.B.G.B. § 370. Auch ideelle Antheile können vindicirt werden l. 35 § 3 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 85. Ist die zu vindicirende Sache mit einer andern verbunden, so muß vor Allem auf Absonderung geklagt werden l. 23 § 5 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 84; Sintenis, C.R. § 52, 24; Pr. L.R. I. 9. 298. 315; Förster Eccius § 180, 40; Sachsen B.G.B. § 311.

[14] l. 1 § 3 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 78; Kreittmayr, Anm. 4d zu L.R. II. 2. 7; Förster Eccius § 180, 45. Windscheid § 137, 6—8 will dieß nur für Heerden und Naturganze nicht aber für andere Sachgesammtheiten zugeben. Von anderen wird die Zuläßigkeit allgemein verneint, so auch für das Sächsische Recht von Schmid, Vorlesungen I. 99.

[15] l. 8 Cod. 4. 34; Schmid, Handbuch § 15, 86; Förster Eccius § 180, 46.

[16] Vg. oben § 254, 17—25.

[17] Lübeck St. III. 4. 8. 9. Nach Hamburg St. II. 2. 8 gilt dieß auch für abgetrogene Sachen. Ueber den Begriff des abgetrogenen Gutes vgl. Baumeister, P.R. § 34, 10. Nach beiden Rechten ist eine Ausnahme für Güter gegeben, die über See gekommen sind Lübeck St. VI. 4. 5; Hamburg St. II. 2. 19; Baumeister, P.R. § 34, 17.

Digitized by Google

er bewegliche Sachen, die er freiwillig aus seiner Wehre gelassen [18], von einem dritten gutgläubigen [19] Erwerber, dem sie der erste Empfänger contraktlich [20] überlassen hat, nicht vindiciren, sondern er hat sich an seinen Contrahenten zu halten [21]. Eine Ausnahme ist für die Handwerkern zur Verarbeitung überantworteten und von diesen veräußerten Materialien [22] und nach Lübischem Recht für Depositen gegeben [23]. Nach französischem Recht ist die Eigenthumsklage zur Vindikation von Immobilien, zur Vindikation von Mobilien jedoch nur insoferne gegeben, als sie gestohlen oder verloren sind [24]. In allen anderen Fällen ist die Vindikation gegen

---

[18] Auf die Natur des Geschäfts, durch welches der erste Empfänger die Sache von dem Eigenthümer erhalten hat, kommt es nicht an Stobbe, P.R. § 146, 26; Baumeister, P.R. § 35, 2. Ausgenommen sind die unten Note 22. 23 aufgeführten Fälle.

[19] Daß schon nach älterem Recht Redlichkeit des Erwerbs vorausgesetzt wurde wie Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII. 256, 28 annimmt, läßt sich nicht nachweisen Stobbe, P.R. § 146, 26. Dagegen ist nach dem neueren Lübischen und Hamburger Recht redlicher Erwerb des Empfängers zweifellos als Voraussetzung anerkannt Mevius, Comment. Nr. 29. 30 zu St. III. 2. 2; Hamburg St. II. 4. 2; Baumeister, P.R. § 35, 18.

[20] Lübeck St. III. 22, „daß derjenige, deme es geliehen oder vertraut dasselbe verkaufte versetzte oder sonsten alienirte". Hamburg St. II. 2. 7 „wider den Einhaber desselben, wofern derjenige solches mit gutem Titel an sich gebracht". Es genügt jeder Titel der zum Besitz berechtigt, nicht bloß ein solcher der Eigenthum verschaffen kann Baumeister, P.R. § 35. II.

[21] Lübeck St. III. 2. 1; Hamburg St. II. 2. 7. Nach Lübeck St. III. 2. 2 steht dem Eigenthümer das Recht zu, das veräußerte Gut bei dem Erwerber einzulösen. Dem Hamburger Recht ist diese Bestimmung fremd. Auch nach Bremer Recht war ursprünglich ein Einlösungsrecht gegeben s. Post, P.R. II. 1 § 52, 3. Dieses Einlösungsrecht des Lübischen Rechts hat zu der Bestimmung des Preußischen Landrechts unten Note 89 Veranlassung gegeben, daß der Vindikant dem gutgläubigen entgeltlichen Erwerber den Erwerbspreis zu vergüten hat.

[22] Nach Lübeck St. III. 8. 15 und Hamburg St. II. 2. 18 kann der Eigenthümer das einem Handwerker zur Verarbeitung anvertraute und von diesem veräußerte Material gegen Ersatz des Arbeitslohns vindiciren. Der gleiche Grundsatz gilt nach Bremen St. 1433 Ord. 61 Post, P.R. II. 1. § 53, 2.

[23] Mevius Comment. 20. 21. 27. 28 zu St. III. 2. 2; Stobbe, P.R. § 146, 27.

[24] C. c. Art. 2279. Ueber die Voraussetzungen des Diebstahls und Verlustes vgl. Renaud, Z. XVII. 151—154; Aubry § 183 Nr. 2. Die Klage muß innerhalb dreier Jahre angestellt werden, was die Bedeutung einer

Digitized by Google

den Besitzer von beweglichen Sachen, der mit der Absicht des Eigenthümers besitzt[25], ohne Rücksicht darauf, ob er in gutem Glauben ist oder nicht[26], ausgeschlossen[27].

II. Partheien. Kläger ist der nichtbesitzende Eigenthümer[28], auch derjenige, dessen Eigenthum beschränkt[29] oder widerruflich ist[30]. Miteigenthümern steht gegen Dritte die Klage auf ihren Antheil zu[31]; ebenso haben sie unter sich das Rechtsmittel[32].

Fristbestimmung hat Renaud in Z. XVII. 158. 49; Zachariä § 215a, 10; Aubry § 183, 17. Dem Kläger liegt eine Lösungspflicht nur gegenüber dem Beklagten ob, der die Sache auf einer Messe oder einem Markt oder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem Kaufmann, der mit solchen Sachen handelt, gekauft hat C. c. Art. 2280.

[25] Daß die Regel des C. c. Art. 2279 juristischen Besitz voraussetze, also nur demjenigen zu gut komme, der animo domini besitzt, wird jetzt allgemein zugegeben Renaud, Z. XVII. 151. 31; Zachariä § 215a, 2; Aubry § 183, 26.

[26] Ob die Vindikationsklage nur gegen den gutgläubigen Besitzer ausgeschlossen sei war lange bestritten, und wird jetzt noch angenommen von Goldschmidt, Z. f. H.R. VIII. 284, 7 und H.R. (1) § 79, 52. Neuerdings überwiegt die gegentheilige Meinung, wonach der Ausschluß der dinglichen Klage von dem guten Glauben des Besitzers nicht bedingt ist, der bösgläubige Erwerber jedoch der persönlichen Klage des Eigenthümers unterliegt Renaud in Z. XVII. 151, 32; Zachariä § 215a, 2; Aubry § 183, 29.

[27] C. c. Art. 2279. Es wird dadurch eine Präsumtion des Eigenthums begründet, gegen die kein Gegenbeweis zulässig ist Renaud in Z. XVII. 155. Gegen die neuerdings aufgestellte Meinung, daß durch den Besitz sofortige Ersitzung eintrete s. Aubry § 183, 3; Zachariä § 215a, 1a.

[28] § 2 Inst. 4. 6; Schmid, Handbuch § 15, 30; Bayr. L.R. II. 2. 6; Sachsen B.G.B. § 295; Pr. L.R. I. 15. 1; Förster Eccius § 180, 29.

[29] l. 33 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 3.

[30] l. 41 pr. l. 66 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 15; Kreittmayr, Anm. 2 zu Bayr. L.R. II. 2. 7.

[31] l. 3 § 2, l. 6 pr. D. 6. 1; Windscheid § 193, 6; Randa, E. § 9, 40; Erk. München 29/12 1848, St. III. 145; Dresden 1855 Sf. IX. 268. Der Kläger ist hiernach verpflichtet, die Quote zu benennen, zu der er das Miteigenthum anspricht. Nach einer anderen Ansicht hat jeder Miteigenthümer in solidum die Vindikationsklage Erk. Kiel 4/11 1868 Anz. 69, 64; Wolfenbüttel 17/2 1859 Sf. XXI. 14. Die gleiche Stellung nimmt die Preußische Praxis ein Dernburg, P. P.R. I. § 223, 10.

[32] l. 4 D. 6. 1; Erk. Dresden 1854 Sf. IX. 268. A. M. Buff, A. f. Pr. R.W. III. 119, 7, der bei Irrungen unter Miteigenthümern nur die actio communi dividundo für gegeben hält; s. dagegen Hesse, A. f. Pr. R.W. IV. 127, 32. Für das Preußische Recht hält Förster Eccius § 180, 31 und § 182, 35 die Eigenthumsklage unter Miteigenthümern für zulässig.

Digitized by Google

Beklagter ist jeder Besitzer der Sache, sowohl der im eigenen als der in fremdem Namen besitzende[33]. Gegen die Erben des Besitzers ist die Klage gegeben insoferne sie selbst im Besitz sind[34]. Nach Gemeinem Sächsischem und Oesterreichischem Recht kann die Klage auch gegen den Nichtbesitzer gestellt werden, wenn der Nichtbesitzer unter dem Vorgeben, daß er besitze auf den Streit sich eingelassen hat (Liti se obtulit)[35]. Der Beklagte wird hier wenn er dem Kläger die Sache nicht verschaffen kann zum Schadensersatz verurtheilt[36]. Nach Preußischem Recht dagegen hat sich der Kläger an den wirklichen Besitzer zu halten, und hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der falschen Angabe gegen den der sich als Besitzer ausgegeben hat[37]. Gemeinrechtlich[38] und nach Sächsischem[39] und Oesterreichischem Recht[40] ist die Klage auch gegen denjenigen gegeben, der, um sich der Klage zu entziehen, arglistig des Besitzes sich entäußert. Nach Preußischem

---

[33] l. 9 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 33; Windscheid § 196, 5; Bayr. L.R. II. 2. 7 Nr. 4; Pr. L.R. I. 15. 1; Sachsen B.G.B. § 295; Oesterreich A.B.G.B. § 366; Aubry § 219, 3. Die Klage ist daher gegen den Pächter gegeben Erk. Kiel 23/12 1846 Anz. 47, 53; ebenso gegen den Conkursverwalter Erk. Darmstadt 14/9 1827 Sf. XII. 226; Förster Eccius § 180, 39.

[34] l. 42, 51, 55 D. 6. 1; Sintenis, C.R. § 52, 18; Förster Eccius § 180, 40.

[35] l. 25 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 37; Vangerow § 332 Anm. III. 1a; Windscheid § 196, 8; Bayr. L.R. II. 2. 7 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 299; Oesterreich A.B.G.B. § 377.

[36] Schmid, Handbuch § 15. 38; Kreittmayr, Anm. 3c zu L.R. II. 2. 7; Sachsen B.G.B. § 304; Oesterreich A.B.G.B. § 377.

[37] Pr. L.R. I. 15. 12—14; Förster Eccius § 180, 105; Dernburg, P. P.R. I. § 247, 3.

[38] Dieß liegt bei dem unredlichen Besitzer immer vor, wenn er sich überhaupt der Sache entäußert hat I. 20 D. 5. 3; Windscheid § 193, 8; Wächter, Erörterungen III. 129, 87; Erk. Lübeck 7/4, 45 Sf. XV. 202; Berlin 7/2 1878 Sf. XXXIII. 358; Braunschweig 26/4 1880 Z. Br. XXVIII. 35. Bei dem redlichen Besitzer wird dieß erst bei Veräußerung nach Klaghängigkeit der Sache angenommen l. 25 § 7 D. 5. 3; Schmid, Handbuch § 15, 62.

[39] Das Sächsische Recht stimmt ganz mit dem gemeinen Recht oben Note 38 überein Sachsen B.G.B. § 304.

[40] Oesterreich A.B.G.B. § 378. Als arglistige Veräußerung gilt jede Veräußerung nach Zustellung der Klage, sowohl für den unredlichen als für den redlichen Besitzer.

Digitized by Google

Landrecht hat der Kläger in diesem Fall Anspruch auf Schadensersatz gegen den Veräußernden, den er geltend machen kann auch ohne daß er gegen den gegenwärtigen Besitzer Klage gestellt hat [41].

III. Klagebegründung. Der Kläger muß den Nachweis seines Eigenthums [42] und wenn er sein Recht auf Uebertragung von Seite eines andern gründet des Eigenthums seines Autors führen [43]. Läugnet der Beklagte Besitzer zu sein, so muß der Kläger den Beweis führen [44], kann jedoch wenn er diesen erbracht hat, sofortige Besitzeinweisung ohne Nachweisung seines Eigenthums verlangen [45].

---

[41] Pr. L.R. I. 15. 15. 16; Förster Eccius § 108, 105; Erk. O.Tr. 11/2 1869 Entsch. LXI. 424; 5/6 1871 Striethorst LXXXII. 183; München 30/5 1876 Sammlung VI. 22.

[42] l. 23 pr. D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 141; Windscheid § 196, 2; Bayr. L.R. II. 2. 8 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 298; Oesterreich A.B.G.B. § 369; Aubry § 219, 5. Der in das Grundbuch eingetragene Eigenthümer bedarf keines weiteren Nachweises Pr. E.E.G. § 7; Erk. R.G. 20/6 1881 Entsch. V. 77; Dernburg Hinrichs § 25 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 302. In dem Nassauischen Recht ist dieß nicht anerkannt Stockbuchgesetz 15/5 1851 § 7. 8; Erk. Berlin 23/11 1874 F. M. V. 44. Zur Substanzirung der Klage gehört Angabe des Erwerbgrundes Erk. Kiel 1/11 1845 Sf. VI. 148; Rostock 18/9 1855 Sf. XII. 88; Berlin 3/3 1873 F. M. IV. 87; Sachsen B.G.B. § 301.

[43] l. 20 D. 41. 1; l. 35 § 4 D. 18. 1; Arndts § 166, 3; Lang, Sachenrecht § 58, 10; Schmid, Handbuch § 15, 145; Windscheid § 196, 3. A. M. Brinz, Pandekten (2) § 168, 4 u. a. welche die Ansicht vertreten, daß wenn der Kläger den rechtmäßigen Erwerb nachgewiesen habe, dem Beklagten der Beweis obliege, daß der Autor des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei s. dagegen Bangerow § 332 Anm. 1. Unsere Landesrechte schließen sich der ersteren Ansicht an Bayr. L.R. II. 2. 8; Sachsen B.G.B. § 301; Förster Eccius § 180, 26; Zachariä § 218, 1.

[44] l. 36 pr. D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 155; Bayr. L.R. II. 2. 7 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 300; Dernburg, P. P.R. I. § 246, 20.

[45] l. 80 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 156; Windscheid § 196, 7; Erk. Cassel 23/8 1853 Sf. XIII. 209; Kreittmayr, Anm. 5 d zu L.R. II. 2. 7. Dieß gilt auch nach gemeinem Sächsischen Recht Curtius, C.R. § 466 Nr. 5 und Oesterreich A.B.G.B. § 376. Nach Sachsen B.G.B. § 300 wird in diesem Fall das Eigenthum des Klägers bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet, was materiell auf dasselbe hinauskommt. Für Württemberg zieht die Geltung des angeführten Rechtssatzes in Abrede Lang, Sachenrecht § 58, 14. Das Preußische Recht hat denselben nicht aufgenommen Dernburg, P. P.R. I. § 246, 20.

Digitized by Google

IV. Inhalt. Die Klage geht auf Herausgabe der Sache mit allen Acceſſionen[46] an dem Ort wo ſie ſich befindet[47]. Verweigert der verurtheilte Beklagte die Herausgabe, ſo hat der Kläger die Wahl zwiſchen direktem Zwang und Leiſtung des Intereſſes[48]. Iſt dem Beklagten die Herausgabe der Sache nicht möglich weil er dieſelbe veräußert hat[49], ſo hat gemeinrechtlich der malae fidei possessor für jede Veräußerung[50] der bonae fidei possessor für die Veräußerung nach Proceßbeginn[51] Schadenserſatz zu leiſten. In anderen Fällen der Unmöglichkeit der Leiſtung wegen Verluſtes der Sache haftet der malae fidei possessor vor Proceßbeginn für den durch ſein Verſchulden veranlaßten Untergang[52], nach Proceßbeginn für den Zufall, außer wenn er beweiſen kann, daß die Sache auch beim Eigenthümer zu

---

[46] l. 20 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 106; Windſcheid § 194, 1; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 1. II. 2. 11 Nr. 1; Kreittmayr, Anm. 6 zu Bayr. L.R. II. 2. 7; Pr. L.R. I. 7. 188 Förſter Eccius § 165, 9; Sachſen B.G.B. § 303; Aubry § 219, 13.

[47] l. 10—12 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 92; Dernburg, P. P.R. I. § 246, 16.

[48] l. 68 D. 6. 1; l. 2 § 1 D. 12. 3; Schmid, Handbuch § 15, 91; Windſcheid § 193, 2. 3; Kreittmayr, Anm. 6a zu Bayr. L.R. II. 2. 7.

[49] Der malae fidei possessor haftet als fictus possessor, wenn er die Sache überhaupt, der bonae fidei possessor nur wenn er ſie nach Proceßbeginn veräußert hat oben Note 38.

[50] l. 27 § 3 D. 6. 1; Bayr. L.R. II. 2. 11 Nr. 2. Der malae fidei possessor hat demnach die aestimatio rei zu leiſten Wächter, Erörterungen III. 128; Sachſen B.G.B. § 304. Böswillige Veräußerung iſt jede gewollte Veräußerung des malae fidei possessor Windſcheid § 193, 8.

[51] l. 25 § 7 D. 5. 3; l. 68. 71 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 62; Sachſen B.G.B. § 304; Oeſterreich A.B.G.B. § 378. Gegen den redlichen Beſitzer, der vor der Rechtshängigkeit der Sache veräußert hat, iſt nur ein Anſpruch auf Herausgabe des Kaufpreißes gegeben, wenn die Sache nicht mehr vindicirt werden kann l. 17 pr. D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 61; Erk. Lübeck 17/4 1860 Sf. XIV. 238; Pr. L.R. I. 15. 28. 30—32. Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 2 iſt dieſe Erſtattungspflicht nicht begründet.

[52] l. 13—15 pr. l. 45 D. 6. 1; Wächter, Erörterungen III. 130; Bangerow § 332 Anm. 2. III. 1b; Sintenis, C.R. § 42, 38. A. M. Windſcheid § 193, 13; Brinz, Pandekten (2) § 170, 13. Der erſteren Anſicht ſchließen ſich an Sachſen B.G.B. § 306; Oeſterreich A.B.G.B. § 335. Nach Pr. L.R. I. 7. 240 haftet der unredliche Beſitzer vor Proceßbeginn für jedes mäßige der eigentlich unredliche Beſitzer für das geringſte Verſehen.

Digitized by Google

Grund gegangen wäre[53], der bonae fidei possessor nach Beginn des Processes für verschuldeten Untergang[54], nicht aber für Zufall[55]. Vor Beginn des Processes haftet der bonae fidei possessor gar nicht[56]. Mit dem Anspruch auf die Hauptsache ist gegeben:

1. ein Anspruch auf Ersatz der Verschlechterungen, für welche der Beklagte in denselben Fällen und in demselben Umfang haftet wie für den Ersatz bei gänzlichem Verlust[57];

2. ein Anspruch auf Herausgabe der Früchte. Hier ist zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer zu unterscheiden. Der redliche Besitzer hat gemeinrechtlich nur diejenigen Früchte herauszugeben, welche zur Zeit der Rechtshängigkeit noch vorhanden und die nach diesem Zeitpunkt gezogen oder versäumt sind[58]; er haftet daher nicht für die vor diesem Zeitpunkt versäumten und für die consumirten Früchte[59]. Nach gemeinem Sachsenrecht erstattet der redliche Besitzer nur die Früchte, die er im letzten Wirthschaftsjahr vor angestellter Klage erhoben hat, und haftet für die Früchte

---

[53] l. 15 § 3 D. 6. 1; l. 30 pr. D. 5. 3; Wächter, Erörterungen III. 131; Vangerow § 333. I. 1; Schmid, Handbuch § 15, 102. 103; Sachsen B.G.B. § 307. Für zufälligen Untergang vor der Klageerhebung haftet der malae fidei possessor nur wenn er Dieb oder Räuber ist l. 4 Cod. 8. 4; l. 19 D. 43. 16; Schmid, Handbuch § 15, 65; Wächter, Erörterungen III. 131—133. Nach Bayr. L.R. II. 2. 11 Nr. 7 haftet der malae fidei possessor überhaupt nur in dem letzteren Fall. Nach Pr. L.R. I. 7. 241 haftet der eigentlich unredliche Besitzer für den Zufall schon vor Klageerhebung.

[54] l. 33 l. 36 § 1 l. 45 D. 6. 1; Wächter, Erörterungen III 106. 131; Sachsen B.G.B. § 305. 306; Oesterreich A.B.G.B. § 338. Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 5 und Pr. L.R. I. 7. 240 haftet er für mäßiges Versehen.

[55] l. 21 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 15, 100; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 6; Sachsen B.G.B. § 307.

[56] l. 25 § 11 l. 31 § 1 D. 5. 3; Wächter, Erörterungen III. 128. 129; Vangerow § 332 Anm. I. Nr. 2; Seuffert, Pandekten § 152, 4; Erk. München 13/5 1871 Sf. XXVIII. 10. Nach Pr. L.R. I 7. 219 haftet er für grobes Versehen Förster Eccius § 165, 40.

[57] l. 13 D. 6. 1; Windscheid § 193, 13; Schmid, Handbuch § 15, 104; Sachsen B.G.B. § 306, 307.

[58] l. 22 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 15, 108; Windscheid § 124, 6; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 3.

[59] § 2 Inst. 4. 17; Schmid, Handbuch § 15, 109; Windscheid § 194, 3. Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 3 hat er die consumirten Früchte zu restituiren soweit er dadurch bereichert ist.

Digitized by Google

von der Zeit der Rechtshängigkeit an[60]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. behält der redliche Besitzer die getrennten Früchte, und haftet für die Früchte von der Zeit der Rechtshängigkeit an[61]. Nach Preußischem Landrecht behält der redliche Besitzer alle gezogenen Nutzungen und genossenen Früchte, sowie die abgesonderten Früchte beweglicher Sachen und die Früchte unbeweglicher Sachen aus früheren Wirthschaftsjahren, hat aber die des letzten Wirthschaftsjahrs mit dem Eigenthümer zu theilen[62]. Nach Oesterreichischem[63] und Französischem Recht[64] behält der redliche Besitzer die vor der Rechtshängigkeit bezogenen wenngleich noch vorhandenen Früchte, und ist für die vor der Rechtshängigkeit consummirten und für die versäumten Früchte nicht verantwortlich, haftet für diese vielmehr erst von der Rechtshängigkeit an. Der unredliche Besitzer muß nach gemeinem Recht alle verzehrten gezogenen und ziehbaren Früchte ersetzen[65]. Der gleiche Grundsatz gilt nach dem Recht des Sächsischen B.G.B.[66], dann nach Oesterreichischem[67] und Französischem Recht[68]. Nach gemeinem Sachsenrecht haftet er für die in den drei letzten Wirthschaftsjahren vor gestellter Klage erhobenen Nutzungen und für die Früchte von der Rechtshängigkeit an[69]. Nach Preußischem Landrecht gibt der eigentlich unredliche Besitzer die vorhandenen Früchte heraus und vergütet die verzehrten und versäumten Früchte[70]; der fingirt unredliche und der unrechtfertigte Besitzer gibt die vorhandenen Früchte heraus und vergütet die verzehrten nicht aber die versäumten Früchte[71].

V. Gegenforderungen des Beklagten. Der Beklagte hat Anspruch:

[60] Decisio 2 von 1746; Curtius, C.R. § 471. b. c.

[61] Sachsen B.G.B. § 244 und 308.

[62] Pr. L.R. I. 7. 189. 193—203. Ueber die Auseinandersetzung s. Förster Eccius § 165, 20—28.

[63] Oesterreich A.B.G.B. § 330; Unger, Ö. P.R. § 128, 32—34.

[64] Zachariä § 201, 3a; § 218, 7.

[65] l. 35 D. 2. 1; l. 62 § 1 D. 6. 1; l. 22 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 15, 110; Windscheid § 124, 6; § 194, 6; Bayr. L.R. II. 2. 11 Nr. 4.

[66] Sachsen B.G.B. § 308.

[67] Oesterreich A.B.G.B. § 335; Unger, Ö. P.R. § 128, 31.

[68] Zachariä § 201, 4; § 218, 7; Aubry § 219, 18.

[69] Decisio 2 von 1746; Curtius, C.R. § 471 Nr. 2. 3.

[70] Pr. L.R. I. 7. 223. 224. 239; Förster Eccius § 165, 46—52.

[71] Pr. L.R. I. 7. 223—228. 232—240. 243. 244; Förster Eccius § 165, 54. 55.

Digitized by Google

1. auf Ersatz der Verwendungen. Jedem Beklagten werden die Verwendungen auf die zu restituirenden Früchte vergütet[72]. Hinsichtlich der Verwendungen auf die Hauptsache ist zu unterscheiden: Nothwendige Verwendungen[73] werden jedem Beklagten, also auch dem unredlichen Besitzer ersetzt[74]. Gemeinrechtlich[75] und nach Sächsischem[76], Oesterreichischem[77] und Französischem Recht[78] erstreckt sich dieser Anspruch auf alle nothwendigen Verwendungen. Nach Preußischem Landrecht werden nothwendige Verwendungen, die in baaren Auslagen oder nicht aus der Wirthschaft des Jahres gezogenen Naturalleistungen bestanden haben, und die den Vortheil des Eigenthümers förderten, sowie zweckentsprechende Anstalten zur Abwendung künftiger Gefahren insoferne sie bei Räumung des Besitzes noch vorhanden sind ersetzt, nicht aber Aufwendungen, welche aus der Sache selbst oder den Nutzungen des betreffenden Jahrgangs gemacht wurden[79]. Nützliche Verwendungen werden gemeinrechtlich und nach unseren Landesrechten nur dem redlichen Besitzer ersetzt[80], während der un-

[72] l. 46 D. 22. 1; Schmid, Handbuch § 15, 175; Windscheid § 195, 13; Pr. L.R. I. 7. 202. 233—235; Sachsen B.G.B. § 313; Zachariä § 201, 18.

[73] Als solche erscheinen die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Aufwendungen l. 79 D. 50. 16; Windscheid § 195, 2; Sachsen B.G.B. § 77; Oesterreich A.B.G.B. § 331; Aubry § 219, 31. Nach Sachsen B.G.B. § 314 erscheint als nothwendige Verwendung auch der Preis, den der Inhaber gezahlt hat, wenn durch die Erwerbung dem Eigenthümer die Verfolgung seines Eigenthums möglich geblieben ist.

[74] l. 5 Cod. 2. 32; Schmid, Handbuch § 15, 178; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; II. 2. 11 Nr. 6; Pr. L.R. I. 7. 236; Sachsen B.G.B. § 312; Oesterreich A.B.G.B. § 336. 1036; C. c. Art. 1381. Gemeinrechtlich ist nur für den Dieb eine Ausnahme gemacht l. 1 Cod. 8. 52; Schmid, Handbuch § 15, 179; Windscheid § 195, 3. Das Bayr. Landrecht hat diese Ausnahme nicht anerkannt Kreittmayr, Anm. 10. b. zu L.R. II. 2. 7, und in die anderen Landesrechte ist dieselbe nicht aufgenommen.

[75] l. 1 § 1 l. 14 pr. D. 25. 1; Windscheid § 195, 2; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; II. 2. 11 Nr. 6.

[76] Sachsen B.G.B. § 312.

[77] Nach Oesterreich A.B.G.B. § 336 hat der unredliche Besitzer Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nach den für Geschäftsführung ohne Auftrag geltenden Grundsätzen. Für diese aber gilt nach A.B.G.B. § 1036 als Regel, daß der Geschäftsführer den nothwendigen Aufwand ersetzt erhält.

[78] C. c. Art. 1381; Aubry § 219, 33.

[79] Pr. L.R. I. 7. 212—217; Förster Eccius § 165, 30—33.

[80] l. 7 § 12 D. 41. 1; Schmid, Handbuch § 15, 181; Windscheid § 195,

Digitized by Google

redliche nur das Recht der Hinwegnahme hat[81]. Dagegen werden nach Französischem Recht nützliche Verwendungen dem unredlichen wie dem redlichen Besitzer ersetzt, soweit der Eigenthümer dadurch bereichert ist[82]. Hinsichtlich der nur zum Vergnügen dienenden Verwendungen hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Hinwegnahme[83]. Zur Geltendmachung seiner Ansprüche hinsichtlich der Verwendungen hat gemeinrechtlich der Besitzer nur ein Retentionsrecht[84]; unsere Landesrechte räumen ihm außerdem ein selbstständiges Klagerecht ein[85].

2. Gemeinrechtlich hat der Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz des für das Klagsobjekt gegebenen Preißes[86], wenn nicht besondere Verpflichtungsgründe vorliegen[87]. Hievon sind jedoch folgende Ausnahmen begründet:

5; Erk. Darmstadt 18/2 1857 Sf. XV. 4; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; Pr. L.R. I. 7. 204—211; Förster Eccius § 165, 34; Sachsen B.G.B. § 316; Oesterreich A.B.G.B. § 331.

[81] l. 5 Cod. 3. 32; Windscheid § 195, 4; Bayr. L.R. II. 2. 11 Nr. 4; Pr. L.R. I. 7. 238; Sachsen B.G.B. § 316; Oesterreich A.B.G.B. § 336. 1037. 1038.

[82] Aubry § 219, 36.

[83] l. 9 D. 25. 1; Windscheid § 195, 11; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; Pr. L.R. I. 7. 210; Förster Eccius § 165, 38; Sachsen B.G.B. § 316; C. c. Art. 599; Aubry § 219, 39. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 332 hat der Besitzer die Wahl zwischen Hinwegnahme und Ersatz des Betrags, um welchen der gemeine Werth der Sache erhöht ist.

[84] l. 48 D. 6. 1; Windscheid § 422, 7; Bangerow § 334 Anm. Nr. 1. Gegen die von älteren Praktikern vertretene Meinung, daß ihm auch ein Klagerecht (actio negotiorum gestorum utilis) zustehe, s. Schmid, Handbuch § 15, 193.

[85] Nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7 ist das Retentionsrecht nur für die impensae necessariae gegeben; für die impensae utiles hat der bonae fidei possessor ein Klagerecht. Das Klagerecht erkennen an Sachsen B.G.B. § 310 das französische Recht Aubry § 219, 40 und Oesterreich A.B.G.B. § 334 und 471 durch Verwerfung des Retentionsrechts. Ueber das Preußische Recht vgl. Förster Eccius § 165, 6.

[86] l. 23 Cod. 3. 32; Schmid, Handbuch § 15, 168; Kreittmayr, Anm. 6a zu L.R. II. 2. 7; Erk. München 20/1 1876 Sammlg. VI. 21. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreich A.B.G.B. § 333.

[87] Als solche Verpflichtungsgründe werden angeführt: wenn Verwendung in den Nutzen des Klägers vorliegt l. 16 Cod. 5. 71, und wenn der Besitzer die Sache erworben hat um sie dem Eigenthümer zu erhalten, so daß die Voraussetzungen der negotiorum gestio gegeben sind l. 6 § 8 D. 3. 5; l. 10.

Digitized by Google

a. Auf Grund besonders ertheilter Privilegien sind Leihhäuser und Creditinstitute zur Herausgabe der von dem Nichteigenthümer bei ihnen verpfändeten Sachen nur gegen Lösung verbunden [88].

b. Nach Preußischem Landrecht kann derjenige, der eine dem rechtmäßigen Eigenthümer abhanden gekommene Sache in gutem Glauben von einer unverdächtigen Person oder auf Messen und Märkten durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, bei Herausgabe derselben Erstattung alles dessen was er dafür gegeben fordern [89].

c. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. kann der Beklagte, der eine Sache in einer öffentlichen Versteigerung oder im Meß- und Marktverkehr von einer zum Handelsbetrieb damit befugten Person in redlichem Glauben erworben hat, Ersatz des für die Sache gezahlten Preißes verlangen [90].

d. Nach den Rechten von Lübeck [91], Hamburg [92] und Bremen [93] hat der Eigenthümer bei Vindikation von Stoffen, die

---

11 Cod. 2. 19; Schmid, Handbuch § 15, 169—171; Kreittmayr, Anm. 6a zu Bayr. L.R. II. 2. 7. Der letztere Gesichtspunkt ist anerkannt Sachsen B.G.B. § 314 und Oesterreich A.B.G.B. § 333. Manche rechnen auf Grund von l. 6 D. 49. 15 auch den Fall des Kaufs einer vom Feinde erbeuteten Sache hieher z. B. Glück, Commentar VIII. 225, Kreittmayr, Anm. 6a zu L.R. II. 2. 7, was aber der Begründung entbehrt Gesterding, Eigenthum 356; Schmid, Handbuch § 15, 171. In Sachsen B.G.B. § 316 ist jedoch dieser Fall ausdrücklich anerkannt, ebenso im gemeinen Sachsenrecht Decis. 90 von 1661 Heimbach, P.R. § 188, 6.

[88] S. Goldschmidt, H.R. (1) § 86, 19, wo einzelne Fälle aufgeführt sind; Stobbe, P.R. § 147, 17; Platner, Sachenrecht § 86, 6; Bertram, P.R. § 168; Bender, P.R. § 66; Heimbach, P.R. § 188, 5; Haubold, P.R. § 188c; Völker, P.R. § 119, 27.

[89] Pr. L.R. I. 15. 25. 26. 44; Förster Eccius § 180, 76. 82. Auf Grundstücke leidet dieß nur Anwendung insoferne ein Grundbuchblatt für sie nicht angelegt ist Förster Eccius § 180, 82. Der Grundsatz wird auch auf die Vindikation von Hypothekenforderungen angewendet Erk. O.Tr. 11/11 1859 Entsch. XLII. 90; 25/2 1866 Entsch. LVI. 121; s. dagegen Förster Eccius § 180, 64 und 77.

[90] Sachsen B.G.B. § 315.

[91] Lübeck St. III. 8. 15 vgl. oben Note 22.

[92] St. II. 9. 18; Baumeister, P.R. § 35, 25.

[93] St. 1433 Ord. 61; Post, C.R. II. 1 § 53, 2.

Digitized by Google

einem Handwerker zur Verarbeitung anvertraut und von diesem veräußert sind, den Arbeitslohn zu vergüten.

e. Nach Französischem Recht hat bei Vindikation gestohlener oder verlorener Sachen der Besitzer, der sie auf einer Messe oder einem Markt, oder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem Kaufmann, der mit solchen Sachen handelt, gekauft hat, die Sache nur gegen Erstattung des Erwerbspreißes herauszugeben[94].

§ 263.

2. Die Eigenthumsfreiheitsklage[1].

Zum Schutz gegen Verletzung des Eigenthums durch Eingriff ist dem Eigenthümer die Eigenthumsfreiheitsklage (actio negatoria) gegeben, für welche folgende Grundsätze gelten:

I. Voraussetzung. Ueber die Voraussetzungen der Eigenthumsfreiheitsklage sind die Ansichten getheilt. Nach der einen Ansicht ist sie nur gegen solche Eingriffe gegeben, welche den Inhalt einer Dienstbarkeit oder eines Dienstbarkeitähnlichen Verhältnisses zu bilden geeignet wären[2]. Die andere Ansicht dagegen geht dahin, sie sei gegeben nicht nur gegen Anmaßung eines dinglichen Rechts, sondern auch wegen jedes rechtswidrigen Eingriffs in das Eigenthum, durch welchen der Besitz nicht entzogen wird[3].

---

[94] C. c. Art. 2280.

[1] Vgl. Glück, Commentar X. 230 f.; Schmid, Handbuch § 17; Pagenstecher, Eigenthum III. 182—192; Hesse, Rechtsverhältnisse § 52—67; Windscheid § 198; Brinz, Pandekten (2) § 171; Vangerow § 353; Baron, Pandekten § 154; Wächter, Pandekten § 145; Sintenis, C.R. § 52; Förster Eccius § 181; Dernburg, P. P.R. I. § 250; Koch, P. P.R. § 241; Lang, Sachenrecht § 64; Aubry § 219; Zachariä § 219.

[2] Brinz, Pandekten (2) § 171, 4; Bethmann Hollweg, C.Pr. II. 255; Eck, doppelseitige Klagen 22; Hesse, Rechtsverhältnisse (2) § 52, 8. § 57; Steinlechner, juris communio II. 185, 1. Diese Ansicht vertritt Erk. Jena 6/6 1862 Sf. XXI. 211 neuerdings ist der Gerichtshof jedoch von dieser Voraussetzung abgegangen Sf. XXXI. 115. Sie ist in dem Oesterreichischen und Französischen Recht angenommen, unten Note 6.

[3] Es wird namentlich hervorgehoben, daß die actio negatoria auch bei solchen partiellen Eingriffen gegeben sei, die gar nicht als Ausfluß eines ding-

Digitized by Google

Die letztere Ansicht ist nicht nur überwiegend in der Rechtswissenschaft [4] sondern auch nahezu ausschließlich in der Praxis angenommen [5], und auch theilweise in unsere neueren Landesrechte übergegangen [6]. Die Klage ist hiernach gegen jeden Eingriff gegeben, der eine Einwirkung auf die Sache gegen den Willen des Eigenthümers enthält, oder diesen an der Ausübung seines Eigenthumsrechts hindert [7]. Sie ist demnach namentlich gegeben gegen Anmaßung einer Servitut [8], einer Reallast [9], Beschränkung der Ver-

---

lichen Rechts aufgefaßt werden können s. Schmid, Handbuch § 17, 6; Koch, P.R. § 241, 4; Vangerow § 353 Anm. 1. Da die actio negatoria nur gegen Eingriffe gegeben ist, durch welche der Besitz nicht entzogen wird, so ist sie nur für Immobilien begründet, da nur bei diesen ein Eingriff in das Eigenthum ohne gleichzeitige Entziehung des Besitzes denkbar ist Förster Eccius § 181, 2; Hesse, R.V. § 52, 6.

[4] Schmid, Handbuch § 17, 2. 3; Pagenstecher, Eigenthum III. 183; Seuffert § 181, 2; Puchta, Pandekten § 172; Vangerow § 353 I; Windscheid § 198, 7; Arndts § 169, 2; Sintenis C.R. § 52, 56; Wächter, Pandekten § 145; Baron, Pandekten § 154, 3.

[5] Erk. Darmstadt 1841 Sf. XV. 101; Dresden 24/4 1862 Sf. XXXI. 115; Celle 2/10 1872 Sf. XXVIII. 12; 11/4 1876 Sf. XXXI. 311; München 9/2 1878 Sammlg. VII. 94; Hildburghausen Bl. f. Thür. XXI. 309; Cassel 2/4 1844 Sf. IX. 138; Glückstadt 26/6 1854 Anz. 1855. 53; Lübeck 3/4 1875 Sf. XXXII. 304; 5/12 1876 Sf. XXXIII. 208.

[6] Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Sachsen B.G.B. § 321: „Beschränkt jemand thatsächlich das Recht eines andern, oder behauptet er ein das Eigenthum des andern beschränkendes Recht . . .“ Das Gleiche gilt nach Preußischem Recht Dernburg, P. P.R. I. § 250, 3; Förster Eccius § 181, 16. Das Bayr. L.R. II. 7. 11 führt die actio negatoria zwar nur als Rechtsmittel gegen Anmaßung von Servituten auf, die Praxis läßt dieselbe jedoch auch gegen jeden partiellen Eingriff in das Eigenthum zu Erk. München 12/5 1873 Sammlg. III. 126; 23/4 1878 Sammlg. VII. 93; 8/5 1875 Blätter XL. 232; 14/11 1879 Bl. XLV. 26. Dagegen ist nach französischem Recht das Rechtsmittel auf Servituten beschränkt Zachariä § 219; Aubry § 219 Nr. 2. Das Gleiche ist nach Oesterreich A.B.G.B. § 523 der Fall, und es wird dieß auch in der Praxis nicht anders aufgefaßt.

[7] Windscheid § 198, 1; Sintenis, C.R. § 52, 65; Wächter, Pandekten § 145, 4; Förster Eccius § 181, 8; Erk. Darmstadt 11/1 1861 Sf. XVII. 215 läßt sie auch zur Befreiung einer dinglichen Last von einer andern zu (Befreiung eines Zehentrechts von der Kirchenbaupflicht).

[8] l. 2 pr. D. 8. 5; Windscheid § 198, 8; Bayr. L.R. II. 7. 11 Nr. 1; Förster Eccius § 181, 10; Oesterreich A.B.G.B. § 523; Zachariä § 219, 2. Es gilt dieß auch für die unberechtigte Ausdehnung einer Servitut Seuffert § 183, 6; Glück, Commentar X. 237; Schmid, Handbuch § 17, 10. Unzu-

Digitized by Google

äußerungsfreiheit[10], Anmaßung des Miteigenthums[11], Verletzungen des Nachbarrechts[12], Eintragungen in Grund- und Hypothekenbücher[13], Anmeldungen auf gerichtliche Ediktalladung[14], Beeinträchtigungen der Rechte der Miteigenthümer[15] und Immissionen[16]. In dem Eingriff muß zwar eine regelmäßig wiederkehrende Beeinträchtigung des Eigenthums liegen[17], allein es ist dabei weder wirkliche thätliche Störung[18] noch Behauptung eines Rechts auf Seite des Störenden erforderlich[19].

II. Partheien. Die actio negatoria ist eine Eigenthumsklage[20], und kann daher nur von dem Eigenthümer gestellt werden, der sich als solcher zu legitimiren hat[21]. Auch dem Miteigen-

läßig ist einredeweise Geltendmachung einer Nothservitut Erk. Cassel 25/5 1850 Sf. XIII. 211; Kiel 11/8 1860 Sf. XIV. 114; Erk. Wien 14/3 1867 Gl.U. VI. 2758.

[9] Duncker, Reallasten § 23, 167; Förster Eccius § 188, 38; Roth, Bayr. C.R. (1) § 173, 6; Erk. Celle 26/4 1855 Sf. IX. 260.

[10] Erk. Lübeck 3/4 1875 Sf. XXXII. 304, vgl. oben § 236, 5.

[11] Gegen denjenigen, der Miteigenthümer zu sein behauptet, ist dem Eigenthümer die actio negatoria gegeben Erk. München 23/4 1878 Sf. XXXIV. 100 Sammlg. VII. 93; Jena 15/3 1880 Bl. f. Thür. XXVII. 262. A. M. Erk. Lübeck 26/4 1844 Sf. VIII. 347; A. f. Pr. R.W. II. 327, 1.

[12] Förster Eccius § 181, 11; Erk. Wolfenbüttel 12/12 1876 Sf. XXXIII. 202.

[13] Förster Eccius § 181, 15; Dernburg, P. P.R. I. § 250, 4; Roth, Bayr. C.R. (1) § 150, 7; Platner, Sachenrecht § 37, 3. Gegen Einträge im Hypothekenbuch gewähren die actio negatoria Erk. Cassel 2/4 1844 Sf. IX. 138; Darmstadt 22/1 1858 Sf. XII. 247; München 12/7 1873 Sf. XXVIII. 200.

[14] Erk. Celle 25/10 1867 Sf. XXI. 210; 24/4 1860 T. E. V. 19; 11/7 1862 T. E. VI. 26.

[15] Vgl. unten Note 22.

[16] Vgl. oben § 230, 54 folg.

[17] Rückert, Bl. f. Thür. XXI. 9; Sintenis, C.R. § 52, 65; Förster Eccius § 181, 8. 18; Erk. Eisenach Bl. f. Thür. XV. 173; Dresden 30/4 1866 Sf. XXI. 17; Jena Sf. XXXI. 115.

[18] Windscheid § 198, 9; Seuffert § 183, 1; Förster Eccius § 181, 20. Es genügt wörtliche Berühmung einer Servitut Erk. Celle 30/11 1859 Sf. XIV. 273; Jena 8/11 1864 Sf. XVIII. 117 und Sf. XXXI. 205. A. M. Schmid, Handbuch § 17, 7; Hesse, R.B. § 60, 65.

[19] Windscheid § 198, 7; Förster Eccius § 181, 31; Erk. München 9/2 1878 Sf. XXXIV. 279; Darmstadt 1841 Sf. XV. 101; Dresden 24/4 1863 Sf. XVI. 11.

[20] Schmid, Handbuch § 17, 1; Sintenis, C.R. § 52, 56; Erk. München 11/3 1865 Bl. XXX. 224; 14/11 1879 Sf. XXXV. 187.

[21] Windscheid § 198, 12; Förster Eccius § 181, 3; Sachsen B.G.B.

Digitized by Google

thümer steht sie zu, sowohl gegen seine Miteigenthümer[22], als gegen Dritte[23]. Beklagter ist jeder, der die Störung ausgeübt hat[24].

III. Inhalt. Die Klage ist gerichtet auf Beseitigung des das Eigenthum beeinträchtigenden Zustandes, namentlich störender Anstalten, und Wiederherstellung des früheren Verhältnisses[25], Ersatzleistung für allen aus dem Eingriff erwachsenen Schaden[26], und Strafandrohung für den Fall künftiger Störungen[27].

---

§ 322. Auch der prätorische Eigenthümer ist legitimirt Schmid, Handbuch § 17, 8; Windscheid § 199, 3; Erk. Wiesbaden 27/4 1843 Sf. XIV. 209; Glückstadt 27/12 1857 Anz. 57. 212; Wolfenbüttel 27/2 1866 Sf. XXII. 17; München 25/5 1869 Bl. XXXIV. 365. Nach Pr. L.R. I. 7. 175. 176 legitimirt der vollständige Besitz Förster Eccius § 181, 3. 24, nicht aber der unvollständige Besitz Pr. L.R. I. 19. 10; Förster Eccius § 181, 28. A. M. Dernburg, P. P.R. I. § 250, 7.

[22] Bangerow § 353 Anm. 1; Sintenis § 122, 3; Randa, E. § 9, 39; Erk. München 20/4 1852 Sf. IX. 268. Dasselbe nimmt für das Preußische Recht an Förster, P. P.R. § 181, 26 und Dernburg, P. P.R. I. § 223, 10, und es ist dieß in der Oesterreichischen Praxis anerkannt Randa, E. § 9, 39. Dagegen erklären sich Busch, A. f. Pr. R.W. III. 119. 6; Hesse, A. f. Pr. R.W. IV. 127, 32; Windscheid 169a, 4; Brinz, Pandekten (2) § 171, 8; Erk. Jena 15/3 1880 Bl. f. Thür. XXVII. 262 und für das Preußische Recht Förster Eccius § 181, 27.

[23] l. 6 § 4 D. 8. 5; Glück, Commentar X. 235; Randa, E. § 9, 40; Erk. München 29/12 1848 Sf. III. 145; 13/1 1879 Sammlung VII. 320; Jena 1843 Sf. VII. 289; Lübeck 28/2 1842 Sf. XI. 214. Dasselbe nimmt für das Preußische Recht an Förster, P. P.R. § 181, 25; Dernburg, P. P.R. § 223, 10. A. M. Förster Eccius § 181, 27.

[24] Erk. Eisenach Bl. f. Thür. VII. 146; Förster Eccius § 181, 31. Die Klage kann nicht gegen denjenigen gestellt werden, der selbst Eigenthümer zu sein behauptet Lang, Sachenrecht § 64, 14; Erk. Stuttgart 12/3 1847 Sf. III. 304; Darmstadt 4/4 1862 Sf. XX. 105; München 12/5 1873 Sammlg. III. 126.

[25] l. 14 pr. l. 17 § 2 D. 8. 5; Schmid, Handbuch § 17, 10; Windscheid § 198, 2; Bayr. L.R. II. 7. 11 Nr. 1; Förster Eccius § 181, 31; Sachsen B.G.B. § 321. Der Urheber des Eingriffs kann zur Beseitigung auf seine Kosten angehalten werden Windscheid § 198, 3; der dritte Besitzer ist nur verpflichtet, dem Eigenthümer die Beseitigung zu gestatten Erk. Dresden 14/12 1866 Sf. XXI. 18; München 21/11 1870 Bl. XXXV. 406; 20/7 1875 Bl. XL. 331.

[26] l. 4 § 2 D. 8. 5; Schmid, Handbuch § 17, 11; Brinz, Pandekten (2) § 171, 33. A. M. Ihering Geist des römischen Rechts III. 131 und Burk-

Digitized by Google

IV. Einreden. Dem Beklagten steht die Einrede der Berechtigung zu, wobei er den Titel derselben nachzuweisen hat[28]; ebenso kann er die Einrede der Klageverjährung vorbringen[29].

V. Beweisauflage. Bestritten ist, ob wenn der Kläger sein Eigenthum bewiesen hat, der Beklagte den Nachweis der Beschränkung desselben zu liefern habe[30], oder ob der Kläger den Beweis der Nichtexistenz der Beschränkung immer[31] oder doch dann zu erbringen habe, wenn der Bekagte im Besitz des Beschränkungsrechts sich befindet[32]. Der ersteren Ansicht schließt

---

hard cautio 238, welche für Verfolgung des Schadensersatzanspruchs die Anstellung einer gesonderten Klage für erforderlich halten s. dagegen Windscheid § 198, 5; Hesse, R.B. § 59, 50; Erk. Celle 24/10 1860 Sf. XVII. 122; Wolfenbüttel 26/5 1876 Sf. XXXII. 17; Berlin 12/10 1875 Sf. XXXI. 116. In der gemeinrechtlichen Praxis wird die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs mit der actio negatoria unbeanstandet zugelassen. Das Gleiche gilt nach unseren Landesrechten Förster Eccius § 181, 36; Sachsen B.G.B. § 321; Zachariä § 219, 3. Für die Schadensersatzpflicht gelten die allgemeinen Grundsätze Windscheid § 198, 5; Erk. Berlin Sf. XXI. 213; München 2/11 1870 Bl. XXXV. 405; 20/7 1875 Sf. XXXII. 15.

[27] Nach l. 12 D. 8. 5 konnte der Kläger auf Cautionsleistung antragen. Nach J.R.A. § 162 ist Strafandrohung im Urtheil an die Stelle getreten Windscheid § 198, 6; Dernburg, P. P.R. I. § 250, 13; Sachsen B.G.B. § 321.

[28] Förster Eccius § 181, 33; Sachsen B.G.B. § 323. Er kann z. B. die Einrede des öffentlichen Wegs vorbringen Förster Eccius § 181, 33; Lang, Sachenrecht § 64, 17; Erk. München 9/2 1878 Sf. XXXIV. 279; Stuttgart 12/11 1870 Sf. XXV. 1874; Jena 6/7 1866 Sf. XXI. 19.

[29] Förster Eccius § 181, 35; Erk. Stuttgart 21/10 1875 Sf. XXXI. 106.

[30] Dieß ist die jetzt herrschende Meinung Schmid, Handbuch § 17, 12; Puchta, Pandekten § 172 d; Bangerow § 353, 2; Windscheid § 198, 15; Sintenis, C.R. § 52, 57; Erk. Darmstadt Sf. I. 409; Celle 26/4 1855 Sf. IX. 260; Rostock 8/11 1855 und 15/6 1857 Sf. XV. 102; Oldenburg 1847 und 1859 Sf. XVII. 211; Lübeck 30/3 1855 Sf. XIX. 125; Wolfenbüttel 14/2 1862 Z. Br. IX. 150; Berlin 19/10 1867 Sf. XXI. 102. Durch Gesetz 16/4 1833 ist diese Ansicht in Weimar und durch Gesetz 25/5 1847 in Detmold recipirt. Dieß findet auch Anwendung hinsichtlich der Behauptung der Ausdehnung, wenn Kläger eine beschränkte Einräumung des Rechts zugesteht Erk. Celle 31/8 1831 und 5/9 1843 Sf. X. 139.

[31] Diese Ansicht führen aus Du Roi A. f. C.Pr. XL. 24 und Pape, Z. f. C.R. XVI. 194; s. dagegen die Ausführung von Schmid, Handbuch § 17, 16 f.

[32] Diese Ansicht vertreten Heise, A. f. C.Pr. XL. 50 f.; Glück, Commentar X. 255; Seuffert, Pandekten § 183, 5; Brinz, Pandekten (2) § 171,

Digitized by Google

sich das Preußische Landrecht[33] und das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch[34], dann die Praxis des Oesterreichischen[35] und Französischen Rechts[36] an, während die letztere Ansicht im Bayrischen Landrecht Aufnahme gefunden hat[37].

§ 264.

8. Die Publicianische Klage[1].

Gemeinrechtlich ist zum Schutz des Ersitzungsbesitzes eine der Eigenthumsklage nachgebildete dingliche Klage Publiciana in rem

10 f.; ihr schließt sich die Württembergische Praxis und für das gemeine Recht die Bayrische Praxis an Erk. Stuttgart 3/2 1847 Sf. II. 142; Roth, Bayr. C.R. (1) § 150, 18. 19. Das O.A.G. Lübeck hat in den Erk. 15/1 1836 14/3 1839 und 17/6 1851 Sf. XIX. 125. 4 dieselbe als in der Praxis des Bremer Rechts für begründet erklärt.

[33] Pr. L.R. I. 7. 182: Wenn also auch jemand in dem Besitz die Freiheit oder das Eigenthum eines anderen einzuschränken sich befindet, so muß er dennoch sein Recht zu diesem Besitz angeben und nachweisen. Förster Eccius § 181, 5.

[34] Sachsen B.G.B. § 323. „Der Beklagte kann die Klage durch die Einrede abwenden, daß er zu der in Frage stehenden Beschränkung berechtigt sei. Er hat den Beweis dieses Rechts zu führen, selbst wenn er sich in dessen Besitz befindet und selbst wenn er durch richterliches Erkenntniß in diesem Besitz geschützt worden ist." Demnach ist die Angabe von Förster Eccius § 181, 5, daß nach Sächsischem Recht der Eigenthümer die Anmaßung der Servitut beweisen müsse, nicht richtig.

[35] Auf Grund der Bestimmung A.B.G.B. § 523 nahm man früher vielfältig an', daß nach Oesterreichischem Recht der Kläger das Nichtvorhandensein der Beschränkung zu beweisen habe, wenn Beklagter im Besitz derselben sei; neuerdings wird jedoch auch für das Oesterreichische Recht die Note 30 aufgeführte Meinung für begründet erklärt Swoboda, Erörterungen praktischer Rechtsfälle 1873 S. 1—56 und Randa, Besitz § 6, 12b. Auch die Praxis hat sich wie Randa, Besitz § 6, 12c nachweist, nunmehr dieser Ansicht angeschlossen.

[36] Zachariä § 219, 3a; Aubry § 219, 43.

[37] Nach Bayr. L.R. II. 7. 11 Nr. 2 hat der Kläger, wenn der Beklagte in zehnjährigem ruhigem Besitz der Servitut sich befindet, die Freiheit seines Eigenthums zu beweisen Erk. München 18/2 1873 Sammlg. III. 125. Dieß ist A. G. zur C.P.O. 23/2 1879 Art. 142 bestätigt.

[1] Glück, Commentar VIII. 311; Huschke, das Recht der Publicianischen Klage 1874; Schmid, Handbuch § 16; Windscheid § 199; Bangerow § 335; Brinz, Pandekten (2) § 178; Sintenis C.R. § 53; Lang, Sachenrecht § 61.

Digitized by Google

actio gegeben. Die Voraussetzung derselben, Schutz des Ersitzungsbesitzes, ist in dem Bayrischen [2] Sächsischen [3] und Oesterreichischen [4] Recht anerkannt, und es ist in diesen Gesetzgebungen die Publicianische Klage des gemeinen Rechts angenommen. Abweichend davon hat das Preußische Landrecht das Rechtsmittel zu einem Schutz des besseren Rechts zum Besitz erweitert, und damit ein dem gemeinen Recht nicht bekanntes Rechtsmittel geschaffen [5]. Nach französischem Recht ist das Rechtsmittel nicht gegeben [6].

Für die Publicianische Klage gelten folgende Grundsätze:

I. Begriff. Die Publicianische Klage ist die zum Schutz des Ersitzungsbesitzes dienende dingliche Klage. Zu Gunsten des Ersitzungsbesitzes wird die laufende Ersitzung als vollendet fingirt, und dem Ersitzungsbesitzer gegen einen minder berechtigten oder ganz un-

---

[2] Bayr. L.R. II. 2. 9 setzt für die Publicianische Klage voraus „daß der Kläger das Gut einmal rechtmäßigerweise innegehabt", worunter nach Kreittmayr, Anm. 2b zu L.R. II. 2. 9 der Usucapionsbesitz zu verstehen ist. „Rechtmäßig ist der Besitz nicht absque bona fide et causa vel titulo justo". Der Meinung von Stobbe, P.R. § 147, 33, daß das Bayrische Landrecht zu denjenigen Rechten gehöre, welche der Publicianischen Klage eine erweiterte Grundlage gegeben, kann ich nicht beistimmen. Daß nach Bayrischem Landrecht die Publicianische Klage früheren Usucapionsbesitz des Klägers voraussetzte, war in der Bayrischen Praxis nie bestritten Erk. München 7/2 1854 und 15/4 1856 Bl. XXIII. 66; 20/11 1880 Sammlung VIII. 615.

[3] Sachsen B.G.B. § 325. 326. Die Klage ist hier nur für bewegliche Sachen gegeben.

[4] Oesterreich A.B.G.B. § 372.

[5] Vgl. unten § 266. Gegen die Meinung von Delbrück, dingliche Klage des Deutschen Rechts 1857. 37 f., daß die Publicianische Klage in unserem gemeinen Recht zu einer dinglichen Klage des deutschen Rechts aus dem älteren titulirten Besitz umgestaltet sei s. Windscheid § 162a, 8; Sintenis, C.R. § 46, 24 und § 53, 2; Förster Eccius § 164, 10 f.; Bruns in Becker Jahrb. IV. 1 und Besitzklagen 212 f.; Stobbe, P.R. § 147, Anmerkung; Pagenstecher, Eigenthum III. 207 f. In der Praxis hat diese Meinung Delbrück's soviel ich sehe keine Aufnahme gefunden.

[6] Der C. c. enthält keine darauf bezügliche Bestimmung, und es geht daher neuerdings die Meinung dahin, daß nach französischem Recht ein der Publicianischen Klage entsprechendes Rechtsmittel nicht gegeben sei Aubry § 219, 1; Laurent VI. 156. Früher war man geneigt sie auch für das Französische Recht anzuerkennen Zachariä § 218, 13 und die dort Angeführten. Dagegen scheint Baden L.R. Art. 544c eine Klage aus dem „stärkeren Besitz" anzuerkennen.

Digitized by Google

berechtigten Besitzer eine der Eigenthumsklage nachgebildete Klage gewährt[7]. Da dabei nur der Nachweis des Erwerbs des Ersitzungsbesitzes erforderlich ist, so dient diese Klage auch dem wirklichen Eigenthümer, für den es des erleichterten Beweises wegen von Vortheil sein kann, sich ihrer statt der rei vindicatio zu bedienen[8].

II. Voraussetzungen auf Seite des Klägers sind:

1. Die Sache, welche den Gegenstand der Klage bildet, muß der ordentlichen Ersitzung fähig sein[9].

2. Der Kläger muß im juristischen Besitz der Sache gewesen sein[10]. Hievon ist gemeinrechtlich eine Ausnahme begründet in den Fällen, in welchen Eigenthum ohne vermittelnden Besitzerwerb übergehen kann[11], wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß der Autor im Besitz gewesen sei[12].

---

[7] § 4 Inst. 4. 6; l. 1 pr. D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 4; Bangerow § 335 Anm. I.

[8] Daß dem Eigenthümer das Recht zusteht sich ihrer zu bedienen ist selbstverständlich, da er ebenso viel Recht haben muß wie der Ersitzungsbesitzer Glück, Commentar VIII. 372; Sintenis, C.R. § 53, 16; Wächter, Pandekten § 144, 5. Der Eigenthümer kann sie daher statt der rei vindicatio anstellen, oder mit derselben alternativ verbinden Seuffert § 156, 3; Sintenis, C.R. § 53, 16; Lang, Sachenrecht § 61, 3; Glück, Commentar VIII. 372; Schmid, Handbuch § 16, 26.

[9] l. 9 § 5 l. 12 § 4 D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 7; Bangerow § 335. II. 1. b.

[10] l. 2 l. 6 l. 13 pr. D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 19; Bangerow § 335. II. 1. a; Seuffert § 157, 2; Arndts § 170c; Sintenis, C.R. § 53, 10. Allgemein und ohne Ausnahme setzen dieß voraus Bayr. L.R. II. 2. 9 und Kreittmayr, Anm. 2b dazu, und Oesterreich A.B.G.B. § 372.

[11] l. 1 § 2 l. 7 pr. l. 11 § 2 l. 12 § 1 D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 21; Bangerow § 335. II. 1a; Arndts § 170 Anm. 1; Brinz, Pandekten (2) § 178, 29; Baron, Pandekten § 153, 7; Seuffert, Pandekten § 157, 2; Windscheid § 199, 9; Sachsen B.G.B. § 326. Gegen diese Ausnahme erklären sich Pagenstecher, Eigenthum III. 196; Keller, Pandekten § 156, 2. Nur als Ausnahme für die einzelnen in den Quellen besonders hervorgehobenen Fälle will dieß anerkennen Sintenis § 53, 11; Erk. Celle 30/4 1874 Sf. XXIX. 220.

[12] Bangerow § 335 Anm. II. 1a; Sintenis, C.R. § 53, 11; Lang, Sachenrecht § 63, 11. Gegen diese Voraussetzung erklärt sich Windscheid § 199, 9. Noch weiter geht Schmid, Handbuch § 16, 22, indem er bonae fidei possessio des Autors verlangt, was Sachsen B.G.B. § 326 angenommen ist.

Digitized by Google

3. Der Besitzerwerb muß sich auf einen zur Ersitzung geeigneten Titel gründen[13], wobei jedoch auch ein Putativtitel genügt[14].

4. Der Kläger muß bei dem Besitzerwerb in gutem Glauben gewesen sein[15] und sich noch darin befinden[16].

II. Voraussetzung auf Seite des Beklagten. Die Klage kann nur gegen den Besitzer angestellt werden der minder berechtigt ist als der Kläger, der also gar keinen Titel hat, oder dessen Titel dem Titel des Klägers nachsteht[17], dagegen nicht gegen denjenigen, der gleiches oder besseres Recht hat als der Kläger. Sie kann daher gegen den Eigenthümer nicht angestellt werden[18]. Hat der Besitz des Beklagten gleiche Eigenschaften wie der des Klägers, so ist zu unterscheiden: Leitet der Besitzer sein Recht von

---

[13] l. 1 pr. l. 5—7 pr. § 1—5 l. 13 D. 6. 2; Windscheid § 199, 5; Bangerow § 335. II. 1. c.

[14] Kreittmayr, Anm. 2c zu Bayr. L.R. II. 2. 9; Windscheid § 199, 6; Brinz, Pandekten (2) § 178, 39. Bezüglich des Kaufs von einem furiosus widersprechen sich l. 2 § 14 D. 41. 4, welches die Publiciana abschlägt und l. 7 § 2 D. 6. 2, welches sie zuläßt. Daß hier eine Antinomie vorliege wird jetzt ziemlich allgemein zugegeben Glück, Commentar VIII. 3. 50; Brinz, Pandekten (2) § 178, 36; Schmid, Handbuch § 16, 11; Windscheid § 199, 5; Bangerow § 335. II. 1. c; Erk. Celle 23/6 1875 Sf. XXXI. 13.

[15] l. 7 § 11—17 D. 6. 2; Windscheid § 199, 4; Bangerow § 335. II. 1. d.

[16] Nach römischem Recht war guter Glaube nur bei der Besitzerwerbung erforderlich l. 7 § 12. 14 D. 6. 2. Auf Grund der Bestimmungen des kanonischen Rechts nehmen das Erforderniß der Fortdauer des guten Glaubens an Windscheid § 199, 8; Sintenis, C.R. § 53, 12; Schmid, Handbuch § 16, 18; Baron § 155 Nr. 1; Lang, Sachenrecht § 61, 13; Sachsen B.G.B. § 325; Oesterreich A.B.G.B. § 373. Gegen die Ausdehnung auf die Publiciana erklären sich Seuffert § 157, 4; Bangerow § 335. II. 1. d; Wächter, Pandekten § 144, 12; Brinz, Pandekten (2) § 178, 51; Kreittmayr, Anm. 2b zu Bayr. L.R. II. 2. 9; Glück, Commentar VIII. 347.

[17] l. 9 § 4 l. 16. 17 D. 6. 2; Glück, Commentar VIII. 363; Schmid, Handbuch § 16, 28; Sintenis, C.R. § 53, 17; Kreittmayr, Anm. 2h zu Bayr. L.R. II. 2. 9.

[18] Dem Eigenthümer steht die exceptio justi dominii zu l. 16. 17 D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 29; Windscheid § 199, 12; Bangerow § 335. II. 2a; Sachsen B.G.B. § 327. In den Fällen, in welchen die Vindikation des Eigenthümers durch eine wirksame Exception zurückgewiesen werden kann, kann die Einrede des Eigenthums durch die entsprechende Replik elidirt werden l. 72 D. 6. 1; Schmid, Handbuch § 16, 30; Bangerow § 335. II. 2a; Sintenis § 53, 19; Baron § 155, 9; Kreittmayr, Anm. 2h zu Bayr. L.R. II. 2. 9.

Digitized by Google

demselben Autor ab wie der Kläger, so ist die Klage gegen ihn nur gegeben, wenn sein Recht der Zeit nach das jüngere ist [19]. Leiten beide ihr Recht von verschiedenen Autoren ab, so entscheidet der Besitz, die Klage kann daher nicht mit Erfolg gegen den Besitzer angestellt werden, auch wenn sein Recht der Zeit nach jünger ist [20]. Das Oesterreichische Recht gibt immer dem Besitzer den Vorzug [21]. In allen anderen Beziehungen steht die Publicianische Klage unter den Regeln der Eigenthumsklage [22].

§ 265.

4. Die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz [1].

Abweichend von dem gemeinen Recht hat das Preußische Landrecht auf Grundlage des zum possessorium ordinarium ausgebildeten Interdictum uti possidetis [2] die Publicianische Klage zu einer Klage aus dem besseren Recht zum Besitz erweitert [3],

---

[19] l. 9 § 4 D. 6. 2; Schmid, Handbuch § 16, 31; Vangerow § 335. II. 2b; Wächter, Pandekten § 144, 16.

[20] l. 9 § 4 D. 6. 2. Nach der abweichenden Ansicht des Neratius l. 31 § 2 D. 6. 2 entscheidet auch hier die Priorität des Erwerbs. Beide Bestimmungen widersprechen sich, und die Vereinigungsversuche sind resultatlos geblieben s. Windscheid § 199, 13. Man gibt jetzt der Meinung des Ulpian als der consequenteren den Vorzug Windscheid § 199, 13; Brinz, Pandekten (2) § 178, 64; Baron, Pandekten § 155, 2b; Glück, Commentar VIII. 361; Wächter, Pandekten § 144, 17.

[21] Oesterreich A.B.G.B. § 374.

[22] Glück, Commentar VIII. 321; Schmid, Handbuch § 16, 40; Vangerow § 335. II. 3.

[1] Bornemann, System I. 271 f.; Koch, Besitz § 30 und P.R. § 240; Förster Eccius § 164; Dernburg, Pr. P.R. I. § 249; Brünneck, die Collision mehrerer redlicher Besitzer und die Actio Publiciana nach Preußischem Landrecht bei Gruchot XI. 840; Glasenapp, Begründung der Interventionsklage § 6 bei Gruchot XXIV. 266; Franklin, Legitimation bei Rechtsstreitigkeiten aus dinglichen Rechten § 6 bei Gruchot V. 22.

[2] Vgl. oben § 229, 5.

[3] Daß dieses Rechtsmittel aus dem possessorium ordinarium sich entwickelt habe ist allseitig anerkannt Bornemann, System I. 226. 227 verglichen mit 271; Koch, P.R. § 240, 2. 3; Förster Eccius § 164, 17.

Digitized by Google

indem es den Grundsatz aufstellt, daß der relativ besser berechtigte Besitzer eine Klage auf Wiederherstellung des Besitzes gegen den schwächer berechtigten habe[4]. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

I. Der Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache von demjenigen zurückfordern, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitz hat[5]; dagegen ist sein Recht schwächer als das Recht eines jeden, der eine Befugniß zum Besitz nachweisen kann[6]. Daher hat er als Beklagter demjenigen, von dem er die Sache in Gewahrsam erhalten, dieselbe zurückzugeben[7], und wenn er diesen nicht weiß demjenigen, der sich gegen ihn als den letzten Besitzer ausweisen kann[8]; bei zweifelhafter Legitimation kann er die Sache zur gerichtlichen Verwahrung ausliefern[9].

II. Der unvollständige Besitzer geht, solange sein Besitzrecht dauert, jedem andern auch dem Eigenthümer vor, und kann auf Wiederherstellung seines Besitzes klagen[10]. Jedoch weicht er demjenigen, der gegen ihn ein besseres Recht ausgeführt hat, wenn sein Autor überhaupt nicht befugt gewesen ist, ihm das Besitzrecht zu übertragen, oder wenn das Recht seines Autors erloschen ist[11].

III. Der vollständige redliche Besitzer weicht nur dem Eigenthümer[12], und es muß ihm, da er die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich hat[13], dargethan werden, daß sein Recht das schwächere sei. Kläger hat daher dahin zu wirken, daß Beklagter zur Angabe seines Titels genöthigt werde. Dieß kann geschehen:

---

[4] Pr. L.R. I. 7. 161; Förster Eccius § 164, 16. Ueber die Streitfrage, ob dieses Rechtsmittel einen possessorischen oder petitorischen Charakter habe vgl. Förster Eccius § 164, 17, der sich mit Recht für die letztere Alternative entscheidet.

[5] Pr. L.R. I. 7. 162; Förster Eccius § 164, 22.

[6] Pr. L.R. I. 7. 163.

[7] Pr. L.R. I. 7. 164.

[8] Pr. L.R. I. 7. 167; Förster Eccius § 164, 23.

[9] Pr. L.R. I. 7. 168.

[10] Pr. L.R. I. 7. 169; Förster Eccius § 164, 36; Koch, Pr. P.R. § 140, 7; Franklin bei Gruchot X. 25.

[11] Pr. L.R. I. 7. 171. 172; Förster Eccius § 164, 38.

[12] Pr. L.R. I, 7. 175.

[13] Pr. L.R. I. 7. 179; Förster Eccius § 164, 28.

Digitized by Google

1. wenn er beweist, daß er den Besitz fehlerhaft oder doch ohne seinen Willen verloren habe, indem hier der Beklagte den Titel aus welchem er besitzt anzugeben verbunden ist, und bis dieß geschehen sein Besitz als der schwächere gilt [14];

2. wenn er beweist, daß sein später verlorener Besitz rechtmäßig gewesen sei, indem auch hier der Beklagte seinen Titel anzugeben verbunden ist [15].

Stehen sich die beiden Titel gegenüber, so wird, wenn beide Titel auf denselben Autor zurückführen, das Recht desjenigen für das bessere gehalten, der den Besitz ohne Kenntniß eines älteren Titels des andern erlangt hat [16]. Führen die Titel auf verschiedene Autoren zurück, so streitet die Vermuthung für den gegenwärtigen Besitzer [17].

Buch 4.

Die dinglichen Rechte.

§ 266.

Allgemeines.

Die gemeinrechtliche Doktrin stellt neben das Eigenthum nur die dinglichen Rechte an fremden Sachen, ohne für die letzteren eine weitere Unterscheidung je nach der Ausdehnung und dem Inhalt der Berechtigung zu machen, obwohl schon nach römischem Recht die Unterscheidung der dinglichen Rechte begründet ist, jenachdem sie Anspruch nur auf Nutzung (Dienstbarkeiten, Emphyteusis, Su-

---

[14] Pr. L.R. I. 7. 184; Förster Eccius § 164, 30. Entzieht sich der Beklagte der Angabe seines Titels, so gilt er als unredlicher Besitzer Pr. L.R. I. 7. 186; Förster Eccius § 164, 31.

[15] Pr. L.R. I. 15. 34; Koch, Pr. P.R. § 240, 12; Förster Eccius § 164, 32.

[16] Pr. L.R. I. 10. 23; Förster Eccius § 164, 34; Dernburg, Pr. P.R. I. § 249, 10; Koch, Besitz § 30, 8.

[17] Dieß nehmen auf Grund von Pr. L.R. I. 7. 187 an Savigny, O.R. II. 167; Förster Eccius § 164, 33; Brünneck in Gruchot XI. 642. Dagegen lassen hier den älteren Titel entscheiden Koch, Besitz 301; Plathner, Geist des Pr. R. II. 179; Glasenapp in Gruchot XXIV. 286.

Digitized by Google

perficies) oder auf die Substanz der Sache gewähren (Pfandrecht)[1]. Für das jetzt geltende Recht ist es unumgänglich nothwendig, nach dem Vorgang des Preußischen Landrechts[2] diese Unterscheidung zu treffen, weil das Deutsche Recht nicht nur das Pfandrecht ganz zweifellos als Substanzrecht ausgebildet[3] sondern auch die Substanzrechte ihrem Umfang nach ausgedehnt hat. Das Deutsche Recht hat nämlich in dem Näherrecht und dinglichen Vorkaufsrecht ein dingliches Recht auf Erwerbung einer Sache und in der Anwartschaft ein dingliches Recht auf künftigen Anfall einer Sache ausgebildet, was an sich schon die allgemeine Durchführung dieser Unterscheidung nothwendig macht. Die nachfolgende Darstellung wird daher für die dinglichen Rechte die Hauptunterscheidung in dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte und in dingliche Substanzrechte aufstellen. Zu den dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten sind zu zählen die Dienstbarkeiten, die Reallasten und das Platzrecht. Zu den dinglichen Substanzrechten gehört das Pfandrecht und das dingliche Vorkaufsrecht und Näherrecht. Zweifelhaft könnte es scheinen, welche Stellung den Lehen Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern im System zu geben sei. Die Lehen in ihrer ursprünglichen Gestalt gehören zu den dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten analog der römischen Emphyteusis. Indessen ist in der neueren Rechtsentwicklung eine Veränderung insoferne eingetreten, als auch da, wo sie noch unverändert bestehen, das Recht des Obereigenthümers in der Hauptsache sich auf das eventuelle Rückfallsrecht beschränkt,

---

[1] Windscheid § 145. Die Unterscheidung ist angedeutet von Arndts § 126 Note 2; Wächter, Pandekten § 148, 3. Der Grund, aus welchem die gemeinrechtliche Doktrin diese Unterscheidung im System nicht allgemein zum Ausdruck bringt, ist wahrscheinlich darin zu suchen, daß das Pfandrecht von der romanistischen Jurisprudenz nicht durchgängig als Substanzrecht aufgefaßt wird vgl. Arndts § 126 Note 2; Brinz, Pandekten (2) § 185, 7. Arndts, Wächter und Brinz stellen nämlich das Pfandrecht in das Obligationenrecht, Vangerow, Windscheid, Sintenis, Holzschuher und Seuffert dagegen in das Sachenrecht. Unsere Landesrechte stellen es alle in das Sachenrecht.

[2] Dieses hat zuerst die Unterscheidung zwischen dinglichen Substanzrechten (Pr. L.R. I. 20) und Nutzungsrechten (Pr. L.R. I. 21) aufgestellt.

[3] Das Deutsche Hypothekenrecht, das jetzt in den Rechtsgebieten des Deutschen Rechts als allgemein durchgeführt angesehen werden kann, ist zweifellos als dingliches Substanzrecht aufzufassen.

Digitized by Google

diesen also in gleiche Stellung mit den Agnaten versetzt. Für die Familienfideicommisse findet sich in Theorie und Gesetzgebung eine doppelte Auffassung, indem die einen Eigenthum des Inhabers mit Beschränkung durch das Recht der Anwärter, die anderen eine Theilung des Eigenthums zwischen dem Inhaber und Anwärter nach Art des getheilten Eigenthums annehmen. Die erstere Meinung ist als die richtige anzusehen, und es ist daher das Recht der Familienfideicommisse den dinglichen Substanzrechten beizuzählen. Das Gleiche ist für die in einzelnen Landesrechten erhaltenen bäuerlichen Erbgüter anzunehmen. In der nachfolgenden Darstellung werden daher Lehen, Familienfideicommisse und bäuerliche Erbgüter unter den dinglichen Substanzrechten dargestellt werden.

Caput 1.

Die Dienstbarkeiten [1].

§ 267.

Allgemeines.

Dienstbarkeiten sind Rechte an einer fremden Sache oder einem fremden Recht, welche dem Berechtigten die Befugniß geben, auf diese in einer das Eigenthum beschränkenden Weise einzuwirken, indem der Eigenthümer gewisse Handlungen des Berechtigten dulden muß, oder gewisse in der Befugniß des Eigenthümers liegende Handlungen nicht vornehmen darf [2]. Sie setzen

---

[1] Vgl. Glück, Commentar IX. X. 1—262; Elvers, die römische Servitutenlehre 1854; Schönemann, die Servituten 1866; Windscheid § 200—217; Vangerow § 338—357; Sintenis, C.R. § 57—66; Brinz, Pandekten (2) § 186—201; Mittermair, P.R. § 166—171; Stobbe, P.R. § 97. 98; Förster Eccius § 185—187; Dernburg, Pr. P.R. I. § 278—287. § 292—304; Platner, Sachenrecht § 49—62; Roth, Bayr. C.R. (1) § 152—168; Lang, Sachenrecht § 70—100; Post, P.R. III. § 11—18; Zachariä § 221—255; Aubry § 225—255.

[2] l. 15 § 1 D. 8. 1. Mit dieser Auffassung stimmen unsere Landesrechte überein. Bayr. L.R. II. 7. 1: Die Dienstbarkeit ist eine Gerechtsame, welcher man sich zu eignem Besten auf fremdem Gut zu erfreuen hat; Sachsen

Digitized by Google

daher zu ihrem Bestand immer die des Eigenthums voraus, das sie nur beschränken[3].

Nach ihrem Inhalt unterscheidet man:

1. persönliche und Grunddienstbarkeiten, jenachdem sie einer Person als berechtigtem Subjekt zustehen, oder einem Grundstück zu Gunsten eines anderen Grundstücks aufgelegt sind[4];

2. affirmative und negative Dienstbarkeiten, jenachdem der Eigenthümer der belasteten Sache zu einem Leiden oder einem Nichtthun verpflichtet ist[5];

3. ständige und nichtständige Dienstbarkeiten (servitutes continuae, discontinuae)[6], jenachdem die Ausübung eine fortwährende ist oder nicht[7];

B.G.B. § 520: Dienstbarkeit ist das Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen deren Eigenthümer rücksichtlich dieser Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen hat; Oesterreich A.B.G.B. § 472: Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden zum Vortheil eines andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Gegen die Auffassung der Servituten als Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen (fingirten) Sache vgl. Windscheid § 200, 3.

[3] Gegen die Auffassung von Vangerow § 338 Anm. 1, Arndts § 175 Anm. 2 u. a. die Servituten seien ausgeschiedene dem Berechtigten selbstständig zustehende Bestandtheile des Eigenthums vgl. Windscheid § 200, 3.

[4] l. 1 D. 8. 1; Windscheid § 201, 4; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 520; Oesterreich A.B.G.B. § 473. Der C. c. Art. 543 unterscheidet droit de jouissance und services fonciéres, was mit der gemeinrechtlichen Unterscheidung zusammentrifft, obwohl für erstere die Bezeichnung als Servituten sich nicht findet Zachariä § 221, 1. Das Preußische Recht stellt den Grundgerechtigkeiten, die den Prädialservituten entsprechen, nicht Personalservituten sondern Rechte zum Gebrauch oder Nutzung fremden Eigenthums gegenüber, zu denen außer dem Nießbrauch auch Leihe, Pacht und Miethe gehören Förster Eccius § 185, 16. 17.

[5] l. 15 § 1 D. 8. 1; Windscheid § 201, 1; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 1. 2; Sachsen B.G.B. § 520; Oesterreich A.B.G.B. § 472. Andere bezeichnen die ersteren als servitutes habendi und faciendi, die letzteren als servitutes prohibendi Vangerow § 339 Anm. II. Das Pr. L.R. I. 7. 81. 86 nennt die ersteren negative die letzteren Untersagungsrechte, was mit der Auffassung von Vangerow zusammentrifft.

[6] Windscheid § 201, 9; Randa, Besitz § 27, 5. 6. Die Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, aber in unserer Rechtssprache anerkannt Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 3; C. c. Art. 688. Die Unterscheidung des Pr. L.R. I. 9. 649 zwischen den gewöhnlich und den nur bei gewissen Gelegenheiten geübten Dienstbarkeiten stimmt damit nicht überein, sondern ist eine nur auf die Ersitzung

Digitized by Google

4. regelmäßige und unregelmäßige. Diese Unterscheidung wird in doppelter Weise gemacht: für Grunddienstbarkeiten, die als Personalservituten bestellt sind (irreguläre Personalservituten)[8], und für Grunddienstbarkeiten, bei welchen die Unterscheidung zwischen städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten verwischt ist (irreguläre Prädialservituten)[9]. Beide Unterscheidungen sind nicht allgemein anerkannt;

5. das Preußische[10] und Französische Recht[11] unterscheidet offene und verborgene Dienstbarkeiten, jenachdem sich die Dienstbarkeiten durch äußere Anlagen anzeigen oder nicht.

Für die Servituten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Servituten können Sachen oder Rechte zum Gegenstand haben; das letztere findet sich nur bei Personalservituten[12]. Das Objekt der Servitut muß im Verkehr sein[13].

---

bezügliche Unterscheidung zwischen den servitutes discontinuae Förster Eccius § 185, 27. Entsprechend unterscheidet Sachsen B.G.B. § 581. 582 die servitutes discontinuae in Grunddienstbarkeiten, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden, und solche, die nur bei nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden. Die Unterscheidung der ständigen und nicht ständigen Dienstbarkeiten findet sich gewöhnlich bei Grunddienstbarkeiten, sie findet aber Anwendung auch auf persönliche Dienstbarkeiten, namentlich die sog. irregulären Prädialservituten z. B. eine Weidegerechtsame.

[7] Windscheid § 201, 10; Randa, Besitz § 27, 5. 6. Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 3 bezeichnet als ständige Dienstbarkeiten diejenigen, die für sich selbst ohne menschliche Uebung bestehen, als unständige diejenigen, deren Gebrauch auf menschlicher Uebung beruht. Damit übereinstimmend C. c. Art. 688. Andere identificiren diese Unterscheidung mit der zwischen Servitutes habendi und faciendi Förster Eccius § 185, 26.

[8] Glück, Commentar IX. 21, 7; Elvers Servituten 198; Förster Eccius § 185. V. vgl. unten § 271, 5. Gegen diese Unterscheidung erklären sich Bangerow § 339 Anm. I; Windscheid § 202, 2; Sintenis, C.R. § 98, 2 u. a., indem sie die Fälle, in welchen der Inhalt einer Grunddienstbarkeit einer Person verliehen ist, als rein persönliche Dienstbarkeiten erklären.

[9] Puchta, Pandekten § 183 g; Hoffmann, Servituten § 59. Gegen diese Unterscheidung Cohnfeld, irreguläre Servituten 81—99; sie scheint neuerdings ganz aufgegeben zu sein, und ist auch in unseren neueren Landesrechten nicht anerkannt.

[10] Pr. L.R. I. 22. 17; Dernburg, Pr. P.R. I. § 295. 4.

[11] C. c. Art. 689; Zachariä § 248 Nr. 3; Aubry § 248 Nr. 3.

[12] Der Nießbrauch ist auch an Rechten und Forderungen gegeben, vgl. unten § 272, 2.

Digitized by Google

2. Eine Servitut kann dem Berechtigten nicht an seiner eignen Sache zustehen (res propria non servit)[14]. Ebensowenig kann eine Servitut an einer Servitut bestellt werden[15].

3. Die Dienstbarkeit besteht in einer Beschränkung des Eigenthums, indem der Eigenthümer der dienenden Sache verpflichtet wird, dem Berechtigten eine Einwirkung auf dieselbe zu gestatten, oder Verfügungen über die dienende Sache, die ihm sonst als Eigenthümer zustehen würden, zu unterlassen, nicht aber dazu eine Leistung vorzunehmen[16]. Die Meinung, daß es nach Deutschem

---

[13] Elvers, Servituten § 13; Randa, Besitz § 26, 1. An Sachen, die nicht im Verkehr sind, können Servituten nicht bestellt werden Roth, Bayr. C.R. (1) § 152, 10; Aubry § 249, 3—5.

[14] l. 26 D. 8. 2; Windscheid § 200, 4. Manche nehmen an, daß der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache eine gegen seine Miteigenthümer wirksame und diese in ihren Rechten an der gemeinsamen Sache beschränkende Dienstbarkeit erwerben könne Glück, Commentar IX. 7, 20; Luden, Servituten § 6, 2; Erk. Dresden 25/11 1844 Sf. VI. 153. Mit Recht verwerfen dieß vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus Holzschuher, Theorie § 111, 7 b; Erk. München 12/4 1878 Sammlung VII. 97; Darmstadt 22/9 1868 Sf. XXII. 216. Durch Bayr. Wassergesetz Art. 54 ist die Möglichkeit für Privatflüsse anerkannt Roth, Bayr. C.R. (1) § 165, 6.

[15] l. 1 D. 33. 2; Windscheid § 200, 5; Förster Eccius § 185, 35; Sachsen B.G.B. § 520. Eine Ausnahme findet sich beim Nießbrauch an dem ein Nießbrauch bestellt werden kann Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 7. 1; Windscheid § 206, 10; Zachariä § 224, 2.

[16] l. 15 § 1 D. 8. 1; Elvers, Servituten § 6; Vangerow § 338, Anm. 2, 1; Windscheid § 201, 3; Förster Eccius § 185, 28; Sachsen B.G.B. § 522; Oesterreich A.B.G.B. § 482. Dieß bildet indessen nur die Regel. Ausnahmsweise kann in einzelnen Fällen der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem die dauernde Ausübung der Servitut ermöglichenden Thun verpflichtet sein. Es kann dieß auf gesetzlicher Bestimmung beruhen, so gemeinrechtlich bei der servitus oneris ferendi unten § 283, 21; nach Württembergischem Recht beim Traufrecht unten § 283, 30; nach Preußischem Landrecht bei den durch Vertrag gegen Entgelt bestellten Grunddienstbarkeiten unten § 277, 31; ebenso kann es aber auch durch besondere Festsetzung bestimmt sein. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Pr. L.R. I. 22. 30; Sachsen B.G.B. § 522; C. c. Art. 698. Auch für das Oesterreichische Recht ist dieß nach A.B.G.B. § 483 anzunehmen. Die Zulässigkeit einer derartigen Festsetzung ist aber auch gemeinrechtlich anzunehmen Holzschuher, Theorie § 111 Nr. 12; Erk. Rostock 10/1 1841 Sf. XVII. 8; Dresden 11/12 1862 Sf. XVIII. 15; Darmstadt 3/8 1866 Sf. XXI. 214; Berlin 8/12 1871 Sf. XXVI. 108; 16/1 1877 Sf. XXXIV. 16.

Digitized by Google

Recht Dienstbarkeiten gebe, die zu einer Leistung verpflichten, entbehrt der Begründung [17].

4. Der Berechtigte kann zu einer Gegenleistung verpflichtet sein [18].

5. Der Berechtigte muß an der Servitut ein rechtliches Interesse haben, sie muß ihm Vortheil gewähren [19].

6. Erwerben kann eine Servitut außer dem später Berechtigten auch ein Stellvertreter [20], Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer [21], und nach Bayrischem und Preußischem Landrecht der Nutznießer [22].

7. Die Servituten sind unveräußerlich [23].

8. Die Servituten müssen mit möglichster Schonung des Eigenthümers ausgeübt werden [24].

---

[17] Stobbe, P.R. § 97, 8. Früher war diese Ansicht allgemein verbreitet und man sah darin eine wesentliche Modifikation des römischen Rechts durch die Grundsätze des deutschen Rechts; man erklärte daraus einerseits die Reallasten s. die bei Duncker, Reallasten § 5 Citirten, theils die Bannrechte s. die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 152, 12 Citirten. Diese Auffassung findet sich noch Bayr. L.R. II. 7. 1 Nr. 1 und Kreittmayr, Anm. 1c zu Bayr. L.R. II. 7. 2. Aber auch vom Standpunkt des Deutschen Rechts aus ist diese Auffassung jetzt allgemein aufgegeben Mittermair, P.R. § 166, 20; Maurenbrecher, P.R. § 260, 1; Erk. Dresden 9/5 1863 Sf. XVIII. 15.

[18] Roth, Bayr. C.R. (1) § 162, 29; Lang, Sachenrecht § 77, 11; so beim Weiderecht, unten § 278, 36 und bei der Holzgerechtigkeit unten § 281, 10. Anerkannt ist dieß Sachsen B.G.B. § 523. Gegenleistungen können auch bei Personalservituten vorkommen Elvers, Servituten 195.

[19] l. 1 pr. D. 8. 1; Elvers, Servituten 138; Förster Eccius § 185, 37; Sachsen B.G.B. § 521. Bei Personalservituten ergibt sich dieß von selbst. Der Satz ist namentlich für Prädialservituten von Bedeutung, vgl. unten § 277, 13.

[20] Elvers, Servituten 696; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 6.

[21] Elvers, Servituten 695; Windscheid § 212, 7; Erk. Celle 1849 Sf. VII. 155; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 5.

[22] Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 5; Pr. L.R. I. 21. 98. Gemeinrechtlich kann der Nutznießer eine Grunddienstbarkeit für das Grundstück nicht erwerben l. 15 § 7 D. 7. 1; Windscheid § 212, 7; ebenso nach Sachsen B.G.B. § 568.

[23] Dieß gilt wie von Personalservituten § 271, 7 und § 274, 50 so von Prädialservituten unten § 277, 32.

[24] l. 9 D. 8. 1; Glück, Comment. IX. 156, 29; Windscheid § 209, 11; Sintenis, C.R. § 57, 12; Kreittmayr, Anm. 2b zu Bayr. L.R. II. 7. 6; Pr. L.R. I. 19. 17; I. 22. 29. 47; Förster Eccius § 185, 74; Sachsen B.G.B. § 524.

Digitized by Google

9. Als Beschränkung des Eigenthums ist die Dienstbarkeit strikt zu interpretiren, daher ist im Zweifel gegen das Dasein und den Umfang der Dienstbarkeit zu entscheiden [25].

Titel I.

Begründung, Aufhebung und Schutz der Dienstbarkeiten.

§ 268.

I. Begründung der Dienstbarkeiten.

Dienstbarkeiten können unmittelbar durch eine gesetzliche Vorschrift gegeben sein oder auf einem Begründungsakt beruhen. Der Begründungsakt kann auf dem Willen des Verpflichteten beruhen (Privatdisposition), oder ohne seine Zustimmung vollzogen werden (Richterspruch, Expropriation, Ersitzung). Nach einzelnen Rechten ist Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben [1]. Die einzelnen Arten der Begründung sind folgende:

[25] Glück, Commentar IX. 156. 28; Sintenis, C.R. § 157, 11; Erk. München 13/12 1844 Sf. VI. 314; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 8; Pr. L.R. I. 19. 14—16; Förster Eccius § 184, 46; Zachariä § 254 a, 2.

[1] Für Grundgerechtigkeiten ist Eintragung in das Grundbuch die Voraussetzung der Entstehung nach folgenden Rechten: Nassau Stockbuchgesetz § 8; Braunschweig E.E.G. § 14; Mecklenburg R.St.B.O. § 1 Nr. 1; R.H.O. f. Landesklöster § 3 Nr. 3; Strelitz R.H.O. für Hintersassen § 2; Rev. Dom. H.O. § 2; Oesterreich A.B.G.B. § 481. Zur Rechtswirkung gegen Dritte ist die Eintragung erforderlich nach Kassel E.E.G. § 3; Mecklenburg R.R.H.O. § 6 Nr. 1; Frankreich Transskr.G. 23/3 1855 Art. 2; bestritten ist es nach den Rechten von Württemberg Lang, Sachenrecht § 52, 1; Baden Heinsheimer H.R. § 4. 20; Lübeck Duhn, deutschrechtliche Arbeiten 47. Die Eintragung ist zulässig aber nicht erforderlich nach Pr. L.R. I. 22. 18 E.E.G. § 12; Achilles Ges. 140; Anhalt G.E.G. § 3, 2; Hamburg H.O. § 24. Zweifelhaft sind: Oldenburg E.E.G. § 12; Coburg E.E.G. § 12; Detmold E.E.G. § 12; Sondershausen E.E.G. § 12. Nach den anderen Grundbuch- und Hypothekengesetzen ist die Eintragung von Prädialservituten nicht zulässig. Personalservituten, soweit sie sich auf Immobilien beziehen, bedürfen zu ihrer Entstehung der Eintragung nach Nassau Stockbuchgesetz § 8; Mecklenburg R.St.B.O. § 13 Nr. 1. b; R.R.H.O. § 12. 2a; Domän. H.O. § 11, 2; Kloster H.O. § 14, 2; Anhalt G.E.G. § 3; Altenburg H.O. § 3. 4. 13; Reuß j. L. H.O. § 3. 4. 13; Reuß ä. L. H.O. § 3. 4. 15; Oesterreich A.B.G. § 481. Zur Rechtswirkung gegen Dritte ist ihre Eintragung erforderlich nach Pr. E.E.G. § 12 und den daraus abgeleiteten Gesetzen; Sachsen B.G.B. § 646; Württemberg Pf.E.G. Art. 15. 45; Weimar Pf.G. § 130. 137; Meiningen Gr.B.G.

Digitized by Google

I. Gesetz. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll die Entstehung unmittelbar durch das Gesetz nur beim Nießbrauch vorkommen[2]. Das römische Recht kannte mehrere Fälle der Begründung von Grunddienstbarkeiten durch Gesetz, die zum Theil nicht mehr praktisch sind[3], die Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten durch Gesetz auch für das gemeine Recht jedoch zweifellos machen[4]. Die gesetzliche Dienstbarkeit unterscheidet sich von der Eigenthumsbeschränkung darin, daß die erstere ihre Begründung nur in den vorausgesetzten besonderen Verhältnissen des Nachbargrundstücks findet, während die letztere jedem Grundstück ohne Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Nachbargrundstücks auferlegt ist[5]. Auch in unseren Landesrechten ist das Gesetz als Entstehungsgrund von Grunddienstbarkeiten anerkannt[6]. Die gesetzliche Dienstbarkeit ist mit dem Eintreten des Verhältnisses gegeben, welches nach der gesetzlichen Bestimmung dazu

---

Art. 1. 2; C. c. Art. 939. 941. 2118; Frankreich Transkr.-Ges. 23/3 1852 Art. 2. Zur Rechtswirkung gegen nachstehende Hypothekgläubiger ist die Eintragung der Personalservituten erforderlich nach Bayern H.G. § 22 Nr. 7 Erk. München 13/6 1876 Sammlg.VI. 31. Vgl. Stobbe, P.R. § 97, 26 folg.

[2] Windscheid § 214, 3; Arndts § 190; Lang, Sachenrecht § 73, 1.

[3] Bekker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrb. V. 201 zählt fünf auf, nämlich die Erweiterung der aquae pluviae arcendae actio (179), das Verbot des Verbauens des Luftzugs einer Tenne und der Aussicht aufs Meer (191), des Verbauens des Lichts (190) und der Anlage von Gräbern (188). Die beiden letzteren der hier aufgeführten Legalservituten sind jedenfalls jetzt nicht mehr praktisch.

[4] Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 152. Gegen die Annahme von gesetzlichen Servituten erklären sich Windscheid § 169, 2, Brinz, Pandekten (2) § 132, 24 und Lang, Sachenrecht § 73, 2, welche die betreffenden Verhältnisse als Eigenthumsbeschränkungen auffassen vgl. jedoch oben § 234, 9 und Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 8.

[5] Die Unterscheidung der Eigenthumsbeschränkung und der Legalservitut tritt am schärfsten in den Bestimmungen des Preußischen Landrechts über die Errichtung von Gebäuden hervor, wonach für Gebäude überhaupt eine Entfernung von 1½ Fuß (Eigenthumsbeschränkung) für Bauten gegenüber einem schon bestehenden Nachbargebäude von 3 Fuß (Legalservitut) eingehalten werden muß, oben § 239, 18 und unten § 283, 6.

[6] Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 8. Es gehören dahin z. B. die Beschränkungen des Baues gegenüber schon bestehenden Nachbargebäuden nach dem Augsburger und Regensburger Recht und dem Preußischen Landrecht vgl. unten § 283, 6—8.

Digitized by Google

Veranlassung geben soll, und hört mit der Beendigung dieses Verhältnisses auf.

II. Privatdisposition[7]. Die eine Servitut begründende Privatdisposition kann in einem Akt unter Lebenden oder in einer letztwilligen Verfügung vollzogen sein. Berechtigt zur Bestellung ist nur der Eigenthümer[8]. Miteigenthümer können an ihrem ideellen Antheil nur einen Nießbrauch[9] nicht aber eine andere Personalservitut[10] oder eine Prädialservitut[11] bestellen. Nutzeigenthümer können Dienstbarkeiten nur für die Dauer ihres Rechts einräumen[12]; nach Bayrischem Landrecht[13] und Französischem Recht[14] steht diese Befugniß für die Dauer seines Rechts auch dem Nutznießer zu. Die Bestellung kann geschehen:

1. Durch einen Akt unter Lebenden und zwar:

a. durch Vertrag. Die Bestellung kann direkt durch darauf bezügliche Uebereinkunft erfolgen[15]. Nach Bayrischem Recht bedarf die vertragsmäßige Bestellung von Prädialservituten und solcher Personalservituten, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, der notariellen Verbriefung[16]. Nach Württembergischem und Sachsen-Weimarischem Recht ist zur vertragsmäßigen Errichtung von Grunddienstbarkeiten gerichtliche Bestätigung des Vertrags erforderlich[17]. Nach Preußischem Recht ist zur vertragsmäßigen Er-

---

[7] Vgl. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis 1823; Haertel de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis 1828; Windscheid § 212.

[8] l. 6 pr. D. 8. 1; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 568. 644.

[9] l. 31 D. 33. 2; Schmid, Handbuch § 2, 48.

[10] Da diese nicht theilbar sind unten § 271, 9.

[11] Vgl. unten § 277, 36.

[12] l. 1 pr. D. 7. 4; l. 1 § 9 D. 43. 18; Glück, Commentar IX. 42, 13; Elvers, Servituten 692; Windscheid § 212, 2.

[13] Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 4.

[14] Zachariä § 250, 2.

[15] Glück, Commentar IX. 64; Windscheid § 212, 1; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 1; I. 22. 13; Sachsen B.G.B. § 567. 644.

[16] Notariatsgesetz Art. 14; Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 19. Die Eintragung von Personalservituten in das Hypothekenbuch erfolgt nur zur Sicherstellung des Ranges den Hypothekgläubigern gegenüber oben Note 1. Prädialservituten werden nach Bayrischem Recht nicht eingetragen.

[17] Württemberg. L.R. II. 9. 10; Lang, Sachenrecht § 72, 16; Weimar Pf.G. 6/5 1839 § 139.

Digitized by Google

richtung von Grundgerechtigkeiten Schriftlichkeit erforderlich[18], ebenso bei Personalservituten die sich auf Immobilien beziehen[19], und den übrigen soweit sie einen höheren Werth als 150 Mark haben[20], außerdem bei Personalservituten Besitzeinräumung oder Eintragung in das Grundbuch[21]. Nach denjenigen Landesrechten, nach welchen die Eintragung nicht als Voraussetzung der Begründung der Servitut erscheint[22], entsteht die Frage, ob bei vertragsmäßiger Errichtung von Servituten der Vertrag genüge[23], oder ob Quasitradition erforderlich sei[24]. Ueberwiegend wird jetzt in Theorie und Praxis die erstere Alternative bejaht.

---

[18] Pr. L.R. I. 5. 131. 135. Die Schriftlichkeit ist ohne Rücksicht auf den Werth allgemein vorgeschrieben Förster Eccius § 187, 7. Pr. L.R. I. 22. 16—24 hatte für Grundgerechtigkeiten, deren Bestand nicht durch eine dauernde Anlage erkannt werden kann, oder die den Nutzertrag des dienenden Grundstücks durch ihren Bestand nicht schmälern, die Eintragung in das Hypothekenbuch vorgeschrieben; durch Verfügung 30/12 1798 Anhang § 58 wurde es jedoch den Betheiligten freigestellt, ob sie auch bei diesen die Eintragung nachsuchen wollten. Nach E.E.G. § 12 bedürfen Grundgerechtigkeiten der Eintragung nicht.

[19] Vgl. oben Note 18.

[20] Pr. L.R. I. 5. 131.

[21] Pr. L.R. I. 2. 135. I. 7. 77. I. 19. 4. Nach E.E.G. § 12 ist zur Wirksamkeit gegen Dritte Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

[22] Vgl. oben Note 1, wo die Landesrechte aufgeführt sind, nach welchen die Begründung der Servituten von der Eintragung in das Grundbuch bedingt ist.

[23] Dieß ist gemeinrechtlich jetzt die herrschende Meinung Elvers, Servituten 697a; Schönemann, Servituten § 38, 18; Windscheid § 212, 1; Arndts § 188, 1; Sintenis, C.R. § 64, 15; Lang, Sachenrecht § 72, 14; Erk. Darmstadt 28/1 1857 Sf. XII. 30, und ist angenommen Sachsen B.G.B. § 574. 644. Dafür entscheidet sich auch bei Prädialservituten die Preußische Praxis Förster Eccius § 187, 22 und 28.

[24] Diese Ansicht vertreten für das gemeine Recht Glück, Commentar IX. 65; Bangerow § 350, 1; Brinz, Pandekten (2) § 197, 9; Seuffert, Pandekten § 174, 4; Erk. Dresden 14/2 1861 Sf. XV. 5; Wiesbaden 16/10 1863 Sf. XX. 110. Sie ist recipirt im Bayrischen Recht nach Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 7. 4; Anm. c zu L.R. II. 7. 9 Nr. 1 und II. 3. 8 Nr. 1 Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 22, und in dem Oesterreichischen Recht bei dem Nießbrauch an beweglichen Sachen Oesterreich A.B.G.B. § 481 mit § 426. Nach denjenigen Rechten, welche zur Entstehung von Dienstbarkeiten die Eintragung in das Grundbuch voraussetzen, ersetzt diese die Tradition Erk. München 23/1 1875 Sammlung V. 305.

Digitized by Google

b. Indirekt entweder durch Vorbehalt bei Personalservituten [25] und bei Prädialservituten von Seite des Eigenthümers bei Veräußerung des Grundstücks, welches dadurch das dienende wird [26], oder durch Verfügung von Seite des Eigenthümers des Grundstücks, welches dadurch das dienende wird (Widmung) [27]. Vorbehalt und Widmung können auch stillschweigend geschehen [28], und es wird dieß namentlich angenommen, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, deren eines dem andern durch eine Anlage oder Vorrichtung dient, das Eigenthum eines dieser Grundstücke an einen anderen oder beider Grundstücke an verschiedene Personen überträgt, ohne daß die Anlage oder Vorrichtung beseitigt wird [29], und wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die bisher von dem Eigenthümer geübte Benützung des einen Grundstücks zu Gunsten des anderen für das letztere unentbehrlich ist [30].

---

[25] So Vorbehalt einer Personalservitut bei Veräußerung eines Objekts Erk. München 13/7 1874 Sammlung V. 36; 21/3 1877 Sammlg. VI. 225.

[26] l. 3 pr. D. 8. 4; Glück, Commentar IX. 70; Elvers, Servituten 712; Windscheid § 212, 10; Sintenis, C.R. § 65, 4; Erk. Jena 22/1 1839 Sf. IV. 207; Wiesbaden 1858 Sf. XX. 209; München 12/2 1841 Bl. VII. 296. In diesem Fall ist auch nach Bayrischem Landrecht Tradition nicht erforderlich Erk. München 25/5 1877 Sammlung VI. 297. Anders construirt dieß Windscheid § 212, 12 indem er annimmt, die Dienstbarkeit werde hier von dem Erwerber des dienenden Grundstücks bestellt.

[27] l. 3 D. 8. 4; Haertel de servitutibus § 39; Glück, Commentar IX. 70, 92; Vangerow § 350, Anm. 2. 3; Sintenis, C.R. § 64, 5; Erk. Wolfenbüttel 20/12 1870 Sf. XXV. 201.

[28] Windscheid § 212, 13. Dieß ist nicht zulässig nach Württembergischem Recht, nach welchem zur Errichtung von Grunddienstbarkeiten ein richterlich bestätigter Vertrag erforderlich ist Lang, Sachenrecht § 72, 16 und nach Preussischem Recht nach welchem bei Bestellung von Servituten ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden muß Förster Eccius § 183, 7. Nach denjenigen Rechten, welche zur Entstehung von Grunddienstbarkeiten Eintragung in das Grundbuch voraussetzen, gewährt die stillschweigende Bestellung einen Titel zur Eintragung Erk. Wolfenbüttel 20/12 1870 Sf. XXV. 201.

[29] l. 36. 37 D. 8. 2; Windscheid § 212, 13; Erk. Berlin 7/6 1875 Sf. XXXI. 119; München 2/12 1878 Sammlg. VII. 279; 3/2 1880 Sf. XXXV. 278; Ulm B.O. VIII. 5; Memmingen B.O. XII. 4 bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 18; Sachsen B.G.B. § 575. Auch C. c. Art. 692—695 erkennt dieß für offene und ständige Servituten an Zachariä § 252; Aubry § 252; Erk. Mannheim 1845 Sf. XI. 121.

[30] l. 36 D. 8. 2; Erk. Stuttgart 25/6 1844 Sf. XIII. 212; Wiesbaden

Digitized by Google

c. Nach Französischem Recht können ursländige Dienstbarkeiten ohne Titel nur durch Anerkennung von Seite des Verpflichteten errichtet werden [31].

2. Durch letztwillige Verfügung, indem der Testator an einer Erbschaftssache eine Servitut zu Gunsten eines Dritten bestellt [32].

III. Richterliche Verfügung. Der Richter kann die Bestellung einer Dienstbarkeit anordnen im Theilungsverfahren [33], und wenn das eine Grundstück ohne die einem anderen Grundstück aufzulegende Servitut unbrauchbar sein würde (Nothservitut) [34]. Der gewöhnlichste Fall ist der des Nothwegs [35]; es steht jedoch nichts entgegen, das zu Grund liegende Princip, wie dieß im Preußischen Recht geschehen ist, auch auf andere Fälle anzuwenden [36]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß das Grundstück [37],

---

1858 Sf. XX. 209; Cassel 1863 Sf. XXI. 105; Berlin 7/6 1875 Sf. XXXV. 119. Auch ohne diese Voraussetzung nimmt Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 3 die Möglichkeit stillschweigender Bestellung an Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 18.

[31] C. c. Art. 695. Gemeinrechtlich hat die Anerkennung von Seite des Verpflichteten nur die Bedeutung eines Beweismittels Erk. München 15/5 1847 Bl. XIV. 107; 20/1 1858 Bl. XXIII. 305.

[32] l. 6 pr. D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 71; Elvers, Servituten 717; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 1; Förster Eccius § 186, 130; § 187. Ia; Sachsen B.G.B. § 567. 644.

[33] l. 6 § 1 D. 7. 1; l. 18 D. 10. 3; Windscheid § 214, 1; Kreittmayr, Anm. c zu Bayr. L.R. II. 7. 3; Sachsen B.G.B. § 576 und 645. Nach Preußischem und Oesterreichischem Recht ist dieser Entstehungsgrund nicht gegeben vgl. oben § 252, 6. 7. Nach französischem Recht wird dieser Erwerbungsgrund jetzt überwiegend verworfen Aubry § 227, 2 und § 249, 7; für zulässig hält ihn Zachariä § 223, 2.

[34] Die Nothservitut setzt Begründung durch Richterspruch voraus. Gegen die negatorische Klage ist die Einrede des Nothwegs nicht gegeben Erk. Kiel 11/8 1860 Sf. XIV. 114; Jena 3/3 1840 Sf. VI. 156; Cassel 25/5 1850 Sf. XIII. 211.

[35] Glück, Commentar IX. 101; Arndts § 131. Anm.; Seuffert, Pandekten § 123, 11; Mittermair, P.R. § 127. III; Stobbe, P.R. § 85 Nr. 1; Förster Eccius § 187, 14; Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 25; Lang, Sachenrecht § 25, 6; Zachariä § 246.

[36] Allgemein also nicht beschränkt auf den Nothweg halten Servitutbestellung durch Richterspruch bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für zulässig: Glück, Commentar IX. 101, 69; Holzschuher, Theorie § 99, 2; Koch, Recht der Forderungen III. § 209, 3; Erk. Stuttgart 2/7 1829 Sf. I. 177; Jena 3/2 1840 Sf. VI. 140; Jena 3/3 1840 Sf. VI. 156; Cassel 25/5

Digitized by Google

für welches die Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird, ohne Auflegung derselben nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden könnte[38], ohne daß jedoch dieses Verhältniß als durch willkürliche Anordnungen von Seite des Prätendenten herbeigeführt erscheint[39]; ferner daß die Verpflichtung nach den Umständen gerade für den Beklagten begründet sei[40], und daß der Erwerber die durch den Richter bestimmte Entschädigung leiste[41].

IV. Nach einzelnen Landesrechten kann eine Servitut auch auf dem Weg der Zwangsenteignung aufgelegt werden[42].

V. Ersitzung[43]. Durch Ersitzung können sowohl persönliche[44]

1850 Sf. XIII. 211; Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12. Es ist dieß die Stellung des Pr. L.R. I. 22. 3. 10 Böle, die nothwendigen Servituten Arnsberg. Archiv I. 25; Koch, Schles. Archiv IV. 200; Koch, Recht der Forderungen III. § 209; Förster Eccius § 187, 10. Das Oesterreichische Recht erkennt einen solchen Anspruch nicht an Randa, E. § 5, 20.

[37] Zum Zweck des Gebrauchs einer Grundgerechtigkeit ist der Anspruch nicht gegeben Erk. München 18/4 1838 Bl. XIII. 268; Förster Eccius § 187, 11. Der Anspruch ist auch für praedia urbana gegeben Erk. Darmstadt 19/3 1858 A. f. Pr. R.W. VI. 463.

[38] Der Anspruch ist für eine nicht gewöhnliche Benützung nicht gegeben Erk. Lübeck 28/5 1867 Sf. XXXIII. 3 (Weg von einem neu aufgeführten Bau zu einem Schlachthaus). Der Petent muß in dem ordnungsmäßigen Gebrauch seines Grundstücks gehindert sein; zum Behuf einer Erhöhung der Nutzbarkeit desselben ist der Anspruch nicht gegeben Glück, Commentar IX. 102; Erk. Dresden 1851 Sf. IV. 204; Stuttgart 22/11 1859 Sf. XIII. 210; Berlin 8/7 1872 Sf. XXVII. 8.

[39] Erk. Stuttgart 22/11 1859 Sf. XIII. 210; Darmstadt 19/3 1858 A. f. Pr. R.W. VI. 463; Pr. L.R. I. 22. 8.

[40] Dieser muß daher mit der Einrede gehört werden, daß die Servitut bequemer und weniger lästig dem Grundstück eines andern Adjacenten auferlegt werden könne Erk. Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12; Förster Eccius § 187, 3.

[41] Glück, Commentar IX. 203; Erk. Stuttgart 2/9 1829 Sf. I. 177; Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12; Pr. L.R. I. 22. 3—6 Förster Eccius § 187, 11.

[42] Stobbe, P.R. § 97, 21a; Förster Eccius § 187, 20; Roth, Bayr. C.R. (1) § 153. IV.

[43] Vgl. Muther, Ersitzung der Servituten 1852; Unterholzner, Verjährungslehre § 195—216; Elvers, Servituten § 68; Windscheid § 213; Förster Eccius § 187, 31.

[44] Es ist dieß jetzt allgemein anerkannt Unterholzner, Verjährungslehre § 207; Windscheid § 213, 10; Bangerow § 351 Anm. Nr. 4. Damit stimmen Bayr. L.R. II. 9. 2, Pr. L.R. I. 21. 7 und Oesterreich A.B.G.B. § 1455

Digitized by Google

als Grunddienstbarkeiten[45] erworben werden, und es ist bei letzteren auch nicht zwischen positiven und negativen[46] sowie zwischen ständigen und unständigen Dienstbarkeiten[47] zu unterscheiden. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

überein. Auch nach Französischem Recht können Personalservituten durch Ersitzung erworben werden Zachariä § 223, 3, und zwar nicht nur der ususfructus sondern auch der usus Aubry § 237, 3. Dagegen schließt Sachsen B.G.B. § 647 die Ersitzung von Personalservituten aus.

[45] Windscheid § 213, 10; Wächter, Pandekten § 159, 17; Arndts § 189 Anm. 1; vgl. unten Note 46; Sachsen B.G.B. § 577; Oesterreich A.B.G.B. § 1469; Pr. L.R. I. 22. 13. Nach Preußischem Recht ist jedoch die Ersitzung von Grundgerechtigkeiten die für ablösbar erklärt sind ausgeschlossen Förster Eccius § 187, 54. Nach Französischem Recht können nur ständige und offene Dienstbarkeiten durch Ersitzung erworben werden, unständige und verborgene Dienstbarkeiten sind aller Ersitzung entzogen C. c. Art. 690. 691; Zachariä § 251 Nr. 1. Wo Eintragung der Grunddienstbarkeiten in das Grundbuch vorgeschrieben ist gewährt die Ersitzung einen Titel zur Eintragung Erk. Rostock 27/5 1867 Budde VI. 86; 24/6 1869 Budde VII. 87.

[46] Gemeinrechtlich zieht für Prohibitivservituten die Möglichkeit der Ersitzung in Abrede Bessel A. f. C.Pr. XIII. 410; diese Ansicht ist aber allgemein verworfen Bangerow § 351 Anm. Nr. 4; Windscheid § 213, 10. Unsere Landesrechte lassen die Ersitzung an Prohibitivservituten zu mit Ausnahme von Braunschweig E.E.G. § 15, das die Ersitzung nur bei positiven Grunddienstbarkeiten eintreten läßt.

[47] Die ältere Ansicht nahm bei unständigen Servituten Nothwendigkeit der Immemorialverjährung an Glück, Commentar IX. 148 und die dort Citirten. Für das gemeine Recht ist dieß jetzt allgemein verworfen, und es ist jetzt angenommen, daß unständige Dienstbarkeiten der ordentlichen Ersitzung unterliegen Savigny, System IV. 498; Bangerow § 351 Anm. 3; Windscheid § 213, 3. In mehreren Rechtsgebieten des gemeinen Rechts war die ältere Auffassung durch die Praxis receipirt und wurde als gewohnheitsrechtliche Feststellung behandelt, so in Kurhessen Pfeiffer, Pr. Ausf. II. 114, VII. 254; Erk. Cassel 12/9 1863 Sf. XVIII. 17; in Nassau Flach, Entsch. II. 1. A. f. Pr. R.W. III. 51, 1, und in Neuvorpommern Erk. Berlin 16/1 1877 F. M. VIII. 30; allein durch die Rechtsprechung ist neuerdings festgestellt, daß diese nur auf irriger Auslegung der Quellen beruhende Auffassung auf Anerkennung keinen Anspruch habe, so für Kurhessen Erk. Berlin 6/10 1875 Sf. XXXI. 120 und 13/3 1879 Sf. XXXV. 7 und allgemein Erk. R.G. 26/10 1880 Entsch. III. 59. Das Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 3 läßt bei unständigen Dienstbarkeiten die ordentliche Ersitzung zu, statt der außerordentlichen Ersitzung jedoch nur Immemorialverjährung Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 46. Nach Preuß. L.R. I. 9. 649 ist bei unständigen Dienstbarkeiten nur die außerordentliche Ersitzung gegeben Förster Eccius § 177, 125. Das Sächsische und

Digitized by Google

1. Die Ersitzung kann eine ordentliche oder außerordentliche sein[48]. Gemeinrechtlich findet die letztere nur statt an Sachen die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind[49]; nach Bayrischem, Württembergischem, Preußischem und Oesterreichischem Recht ist jedoch nach Analogie der Eigenthumsersitzung auch eine titellose außerordentliche Ersitzung der Servituten gegeben[50].

2. Gemeinrechtlich ist zur Ersitzung der Servituten kein Titel[51] aber guter Glaube[52] erforderlich, welcher letztere jedoch präsumirt

---

Oesterreichische Recht unterwerfen unständige Dienstbarkeiten der gewöhnlichen Ersitzung. Nach französischem Recht sind unständige Dienstbarkeiten aller Ersitzung entzogen C. c. Art. 691 Zachariä § 251 Nr. 1.

[48] Elvers, Servituten 749; Windscheid § 213, 9; Sintenis, C.R. § 64, 44. Dieß ist im Bayrischen, Preußischen und Oesterreichischen Recht anerkannt. Das Sächsische B.G.B. § 577 kennt nur eine ordentliche Ersitzung der Grunddienstbarkeiten, während es die Personalservituten aller Ersitzung entzieht § 644. Das französische Recht kennt die ordentliche Ersitzung nur bei Personalservituten Zachariä § 223, 3, bei Prädialservituten nur die außerordentliche Ersitzung Zachariä § 251, 6, die auch bei Personalservituten zuläßig ist Zachariä § 223, 3.

[49] Unterholzner, Verjährungslehre § 204; Windscheid § 213, 9; Seuffert, Pandekten § 175, 6; Erk. München 9/7 1849 Sf. V. 144; Jena 28/2 1832 Sf. VI. 140; 6/5 1864 Sf. XVIII. 14; Rostock 15/6 1857 Sf. XIII. 131; Berlin 28/5 1861 Sf. XIV. 271; Oldenburg 1864 Sf. XVIII. 213; Wolfenbüttel 23/1 1877 Sf. XXXII. 108; Berlin 5/6 1879 Sf. XXXV. 6 (Hessen). A. M. Puchta, Pandekten § 188 m und Brinz, Pandekten (2) § 197, 18 die in diesen Fällen die ordentliche Ersitzung zulassen und Bangerow § 351 Anm. Nr. 5, der die Servitutenersitzung an solchen Sachen ganz ausschließen will.

[50] Vgl. unten Note 58.

[51] Dieß ist jetzt die gemeine Meinung Unterholzner, Verjährungslehre § 212. I; Elvers, Servituten 741; Windscheid § 213, 7; Sintenis, C.R. § 64, 42 Nr. 3; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Präjudiz Darmstadt 1835 Nr. 97; Lübeck 17/6 1845 Sf. IX. 132; Berlin 17/11 1868 Sf. XXXIV. 19; Wolfenbüttel 9/3 1871 Z. Br. XIX. 207. A. M. Muther, Servitutenersitzung § 13, der gemeinrechtlich das Vorhandensein eines Titels zur ordentlichen Ersitzung für erforderlich hält.

[52] Ob schon nach römischem Recht guter Glaube erfordert wurde ist bestritten; dafür sprechen sich aus Glück, Commentar IX. 133; Unterholzner, Verjährungslehre § 212. II.; Elvers, Servituten 749; nach der gewöhnlichen Meinung ist dieses Requisit erst durch das canonische Recht aufgenommen Windscheid § 213, 6; Sintenis, C.R. § 64, 42 Nr. 2; Bangerow § 351 Anm. Nr. 3, und es wird das Erforderniß jetzt von den meisten anerkannt Erk. Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 348; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; Dresden 15/6

Digitized by Google

wird, so daß der Gegentheil den Beweis der Unredlichkeit führen muß [53]. Dagegen ist nach Bayrischem Landrecht [54], nach Württembergischem Recht [55], nach Preußischem Landrecht [56] und nach Oesterreichischem Recht [57] außer gutem Glauben auch richtiger Titel erforderlich, und nur bei der außerordentlichen Ersitzung ist das Vorhandensein des richtigen Titels nicht geboten [58]. Nach französischem Recht ist für die ordentliche Ersitzung der persönlichen Servituten das Erforderniß des richtigen Titels gegeben [59].

3. Voraussetzung ist juristischer Besitz der Dienstbarkeit [60],

---

1855 Sf. X. 235; Celle 20/2 1861 Sf. XVI. 9; München 27/7 1877 Sammlg. VI. 299; 14/11 1879 Sf. XXXV. 192, und es ist dieß Sachsen B.G.B. § 583 angenommen. Gegen das Erforderniß des guten Glaubens erklären sich Puchta, Pandekten § 188m; Seuffert, Pandekten § 175, 3; Brinz, Pandekten (2) § 197, 13.

[53] Windscheid § 213, 7; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 348; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; Celle 20/2 1861 Sf. XVI. 9; Sachsen B.G.B. § 583.

[54] Nach Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 1 wird zur Ersitzung von Personalservituten ein Titel vorausgesetzt. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1 ist zur Ersitzung von ständigen Grundgerechtigkeiten Titel oder scientia et patientia domini erforderlich Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 62; Erk. München 19/11 1849 Bl. XV. 297.

[55] Nach anerkanntem Gewohnheitsrecht ist hier zur Servitutenersitzung ein Titel erforderlich Lang, Sachenrecht § 74, 21.

[56] Nach Pr. l. 21. 7 und I. 22. 13 kommen die für die ordentliche Ersitzung überhaupt geltenden Grundsätze bei der Servitutenersitzung zur Anwendung Förster Eccius § 186, 130; § 187, 31, und es ist namentlich das Erforderniß des Titels anerkannt Förster Eccius § 187, 47.

[57] Nach Oesterreich A.B.G.B. § 480 und § 1455 kommen für die Servitutenersitzung die allgemeinen für die Ersitzung geltenden Grundsätze zur Anwendung.

[58] Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 2; II. 9. 2 Nr. 1; Lang, Sachenrecht § 75, 2; Pr. L.R. I. 9. 625; Gruchot VIII. 203, 3. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 1470 findet die außerordentliche Ersitzung der Servituten nur statt, wo keine öffentlichen Bücher bestehen, oder wenn ein solches Recht nicht eingetragen ist.

[59] Zachariä § 223, 3.

[60] Vangerow § 351 Anm. Nr. 3; Muther, Servitutenersitzung § 29; Sachsen B.G.B. § 578; Pr. L.R. I. 22. 14. Durch Pl.B. 27/8 1838 Entsch. IV. 169 ist festgestellt, daß hier die allgemeinen in Pr. L.R. I. 9. 627 bestimmten Grundsätze zur Anwendung kommen Förster Eccius § 187, 35. Es muß dabei die opinio juris vorliegen l. 25 D. 8. 6; Erk. Jena 11/7 1839 Sf. V. 255; Darmstadt 23/6 1866 Sf. XX. 211; Dresden 12/4 1866 Sf.

Digitized by Google

und daß dieser fehlerlos erworben[61] und ausgeübt[62] sei, also nicht heimlich[63], nicht gewaltsam[64] und nicht durch bloße Ver-

XX. 212; Oldenburg 1850 Sf. XXIII. 75; Wolfenbüttel 16/3 1869 Sf. XXIII. 210; Stuttgart 26/11 1870 Sf. XXV. 9; Berlin 14/11 1878 Sf. XXXIV. 282; 1/5 1879 Sf. XXXV. 5. Diese opinio juris wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich der Ausübende für den Eigenthümer hält oben § 227, 11. Wenn die Beschaffenheit der Handlung nicht entgegensteht, so braucht die Absicht der Rechtsausübung nicht erwiesen zu werden Erk. Kiel 26/10 1859 Sf. XIV. 14; 8/1 1862 Sf. XV. 185; Rostock 15/6 1857 Sf. XIV. 14; Celle 28/2 1865 Sf. XX. 19. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4 wird Ausübung jure servitutis vorausgesetzt Erk. München 4/1 1872 Sammlg. I. 148.

[61] Erk. München 26/10 1850 Bl. XVI. 334; 16/7 1847 Sf. I. 408.

[62] l. 1 § 23 D. 39. 3; Windscheid § 213, 5; Sachsen B.G.B. § 583. Die Ausübung kann auch durch Mittelspersonen geschehen z. B. durch Pächter Erk. Jena 1828 Sf. XXIII. 214; Rostock 14/1 1867 Sf. XXIV. 191, wobei nicht wie bei der Ausübung des Eigenthums Kenntniß des Principals vorausgesetzt wird Erk. Jena 1/3 1861 Sf. XXIV. 218.

[63] Zur Heimlichkeit reicht nicht hin, daß der Gegner keine Kenntniß hatte, die Ausübung muß ihm vielmehr verheimlicht worden sein Seuffert, Pandekten § 175, 9; Erk. Kiel 29/11 1854 Sf. IX. 130; Celle 23/10 1867 Sf. XII. 251; Darmstadt 26/2 1867 Sf. XXI. 106. Nach Sachsen B.G.B. § 585 ist heimlich der Besitz, welcher in einer Art und Weise ausgeübt wird, daß der Eigenthümer des Grundstücks keine Kenntniß davon erlangen soll. Die ältere Theorie nahm an, daß nach l. 2 Cod. 3. 34 scientia et patientia domini erforderlich sei Glück, Comment. IX. 141. 88 f. die bei Gruchot, Beiträge VIII. 47 Citirten; die neuere Theorie und Rechtsprechung hat sich dagegen erklärt Elvers, Servituten 742, 2; Bangerow § 351 Nr. 2; Erk. Kiel 29/11 1854 Sf. IX. 130; Lübeck 21/9 1824 Sf. XV. 109; Darmstadt 26/1 1867 Sf. XXI. 106; München 28/2 1880 Sf. XXXV. 190. Damit stimmt Sachsen B.G.B. § 585 und das Oesterreichische Recht überein Randa, Besitz § 27, 17. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1 ist das Erforderniß der scientia et patientia jedoch anerkannt vgl. oben Note 54, und das Gleiche nimmt die Preußische Praxis auf Grund der Bestimmung L.R. I. 7. 81 an Förster Eccius § 187, 47.

[64] Als gewaltsam ist schon der gegen den Widerspruch des Eigenthümers geübte Besitz anzusehen Windscheid § 213, 5; Seuffert, Pandekten § 175, 7; Lang, Sachenrecht § 74, 5; Erk. Dresden 23/5 1850 Sf. IV. 15; 15/6 1855 Sf. X. 235; 10/8 1862 Sf. XVII. 13; Lübeck 27/10 1851 Sf. VI. 154; Oldenburg 1850 Sf. XXIII. 17; Wolfenbüttel 7/12 1869 Sf. XXIV. 107; R.G. 13/1 1880 Sammlung I. 43. Entscheidend ist der Widerspruch des Eigenthümers, nicht der seiner Familienangehörigen Erk. München 24/2 1874 Sf. XXXI. 315. Nach Sachsen B.G.B. § 584 sind gewaltsam die Besitzhandlungen, welche unter Beseitigung der von dem Eigenthümer des Grundstücks entgegengesetzten thätlichen Hindernisse vorgenommen worden sind.

Digitized by Google

günstigung[65]. Der Beweis der Fehlerhaftigkeit ist von dem Beklagten zu erbringen, insoferne die Besitzhandlungen, auf welche Kläger seine Ansprüche stützt, nicht an sich als fehlerhafte sich darstellen[66].

4. Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen und ungestört gehandhabt worden sein. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

A. Die Ersitzungszeit beträgt

a. bei der ordentlichen Ersitzung gemeinrechtlich zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden[67], ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien[68] und zwischen ständigen und unständigen Dienstbarkeiten[69]. Einige Landesrechte bestimmen eine kürzere[70] oder längere[71] Ersitzungszeit. Nach Preuß-

---

[65] Glück, Commentar IX. 134; Erk. Wolfenbüttel 23/6 1871 Sf. XXV. 221; Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4; Pr. L.R. I. 22. 14. 15; Förster Eccius § 187, 36; Sachsen B.G.B. § 583.

[66] Elvers, Servituten 748; Windscheid § 213, 5; Seuffert, Pandekten § 175, 2; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Lübeck 30/5 1855 Sf. XV. 108; Celle 15/9 1862 Sf. XVIII. 122; Wolfenbüttel 3/1 1873 Sf. XXVIII. 16; Jena Sf. XXXI. 208; R.G. 13/1 1880 Sf. XXXV. 191; Förster Eccius § 187, 36. Die Fehlerlosigkeit des Besitzes wird bis zum Beweis des Gegentheils präsumirt Erk. Celle 13/12 1842 Sf. X. 73; Sachsen B.G.B. § 583. Dieß gilt nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4 jedoch nur, wenn ein wenigstens zehnjähriger Gebrauch der Servitut vorliegt.

[67] l. 2 Cod. 3. 34; Windscheid § 213, 8; Sintenis, C.R. § 64, 43; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Berlin 7/11 1868 Sf. XXXIV. 19; Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1. 3. Ueber den Begriff der Abwesenheit vgl. oben § 250, 132.

[68] Windscheid § 213, 8.

[69] Vgl. oben Note 47.

[70] So das Bayrische L.R. II. 7. 5. Nr. 5 bei erkauften Grunddienstbarkeiten von fünf und zehn Jahren Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 62; das Lübische Recht von Jahr und Tag St. I. 8. 2; Erk. Kiel 25/2 1852 Anz. 52, 72; Rostock 2/2 1874 Budde IX. 25; das Recht von Bremen für ständige Dienstbarkeiten von Jahr und Tag Post, C.R. III. § 15, 4.

[71] So von 30 Jahren für alle Dienstbarkeiten die Rechte von Rothenburg Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 67 und Nürnberg Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 65; Erk. München 17/12 1866 Bl. XXXI. 267; 8/7 1878 Sammlung VII. 158; von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen für alle Grunddienstbarkeiten das gemeine Sachsenrecht Curtius, C.R. § 1011 f.; Heimbach, P.R. § 191, 3.

Digitized by Google

sischem Landrecht beträgt bei der ordentlichen Ersitzung der ständigen Dienstbarkeiten die Ersitzungszeit 10 Jahre unter Anwesenden und 20 Jahre unter Abwesenden [72]. Nach dem Sächsischen B.G.B. beträgt die Ersitzungszeit der Grunddienstbarkeiten 30 Jahre [73]. Nach Oesterreichischem Recht beträgt für die ordentliche Ersitzung die Ersitzungszeit der Dienstbarkeiten, wenn sie in die öffentlichen Bücher eingetragen sind 3 Jahre, wenn dieß nicht der Fall ist 30 Jahre [74]. Nach französischem Recht erfolgt die ordentliche Ersitzung der Personalservituten in 10 Jahren [75].

b. Für die außerordentliche Ersitzung beträgt die Ersitzungszeit gemeinrechtlich 30 beziehungsweise 40 Jahre [76]; nach Bayrischem Landrecht der Personalservituten 30 Jahre [77], der ständigen Dienstbarkeiten 40 Jahre [78]; nach Preußischem Landrecht bei Personalservituten und ständigen Grunddienstbarkeiten dreißig Jahre [79], bei unständigen Grunddienstbarkeiten 40 Jahre [80], bei Ersitzung von Dienstbarkeiten gegen Fiskus, Kirchen und die diesen gleichberechtigten Corporationen 44 Jahre [81]; nach Oesterreichischem Recht der Dienstbarkeiten die den öffentlichen Büchern einverleibt sind 6 Jahre, der Dienstbarkeiten die den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind 40 Jahre [82]; nach französischem Recht der

---

[72] Pr. L.R. I. 22. 620. 621. Nach Preußischem Landrecht werden auf die Servitutenersitzung die allgemeinen Grundsätze der Ersitzung angewendet Dernburg, Pr. P.R. I. § 298, nach Note 2. Bei unständigen Dienstbarkeiten findet nur außerordentliche Ersitzung statt oben Note 47.

[73] Sachsen B.G.B. § 577.

[74] Oesterreich A.B.G.B. § 1469. 1470.

[75] C. c. Art. 2265; Zachariä § 223, 3.

[76] Gemeinrechtlich ist die außerordentliche Ersitzung nur gegeben gegenüber solchen Objekten, die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind oben Note 49. Vgl. über die einzelnen Fälle oben § 250, 4—6. Abweichend davon ist nach Württembergischem Recht auch eine titellose außerordentliche Ersitzung gegeben Lang, Sachenrecht § 75, 2.

[77] Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 1.

[78] Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 2. Unständige Dienstbarkeiten sind nach Bayrischem Recht der außerordentlichen Ersitzung entzogen; an deren Stelle tritt Immemorialverjährung oben Note 47.

[79] Pr. L.R. I. 9. 625.

[80] Pr. L.R. I. 9. 649; Förster Eccius § 187, 61.

[81] Pr. L.R. I. 9. 629. 630.

[82] Oesterreich A.B.G.B. § 1472.

Digitized by Google

Personalservituten[83] und der ständigen und offenen Grunddienstbarkeiten 30 Jahre[84].

B. Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit ununterbrochen fortgedauert haben, wobei der Nachfolger wie bei der Eigenthumsersitzung den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers sich zurechnen kann[85]. Die Fortdauer des Besitzes ergibt sich aus der Ausübung[86]. Die Ausübung besteht bei Dienstbarkeiten, welche eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, in dem Vorhandensein derselben während der ganzen Ersitzungszeit[87]; bei Grunddienstbarkeiten, die auf ein Unterlassen einer Handlung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks gehen in der Nichtvornahme dieser Handlung während der ganzen Ersitzungszeit[88]; bei unständigen Dienstbarkeiten, welche zu einem Thun berechtigen, in der Vornahme der betreffenden Handlung[89]. In welchem Umfang bei nichtständigen Dienstbarkeiten Ausübungshandlungen erforderlich seien, um den Besitz als nicht unterbrochen erscheinen zu lassen, ist gemeinrechtlich bestritten, indem die einen einmalige Ausübung in jedem Jahr für erforderlich erklären[90], während die anderen es für genügend halten, wenn die Ausübungshandlungen nicht durch zu lange Zwischenräume getrennt sind[91], oder

[83] C. c. Art. 2262; Zachariä § 223, 3.

[84] C. c. Art. 690; Zachariä § 251, 7.

[85] Savigny, System IV. 525; Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 642; Seuffert, Pandekten § 175, 4a; Lang, Sachenrecht § 74, 26; Erk. München 29/1 1844 Sf. I. 323. Das Gleiche gilt nach Preußischem Recht Förster Eccius § 187, 53, und Sachsen B.G.B. § 578.

[86] Ueber die Frage, welche Handlungen als Ausübungshandlungen anzusehen seien, entscheidet das richterliche Ermessen Erk. Celle 14/10 1832 Sf. V. 254; Dresden 14/8 1862 Sf. XVII. 13.

[87] Erk. Dresden 15/11 1843 Sf. II. 262; Sachsen B.G.B. § 579.

[88] Erk. Stuttgart 13/9 1854 Sf. XIV. 13; Sachsen B.G.B. § 580.

[89] Vgl. unten Note 90 f.

[90] Muther, Servitutenersitzung § 41; Erk. Celle 13/3 1842 Sf. I. 408; Dresden 29/4 1848 Sf. II. 141; 27/11 1862 Sf. XVII. 213; Wolfenbüttel 23/10 1834 Sf. XVI. 177; 7/9 1866 Sf. XXI. 217; 7/11 1848 Sf. XXIV. 35.

[91] Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 644; Bangerow § 351 Anm. Nr. 1; Lang, Sachenrecht § 74, 16; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Kiel 29/11 1854 Sf. IX. 129; Jena 23/7 1846 Sf. XVI. 177; Darmstadt 26/2 1867 Sf. XXI. 107. Dieser Ansicht schließt sich Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 4. 5 und Anm. 5. b zu L.R. II. 5. 9 an Roth, Bayr. C.R. (1) § 153, 78.

Digitized by Google

dreimalige Besitzhandlungen während der Ersitzungszeit fordern[92]. Das Preußische Landrecht setzt bei Dienstbarkeiten, welche gewöhnlich ausgeübt werden, Ausübung in jedem Jahr voraus, während bei Dienstbarkeiten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, wenigstens drei Fälle der Ausübung erforderlich sind, und die Ersitzung unterbrochen wird, wenn eine Gelegenheit der Ausübung versäumt wird[93]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. sind bei Grunddienstbarkeiten die zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden außer der Ausübung am Anfang und Ende der Ersitzungszeit drei Ausübungsfälle erforderlich, die über Jahresfrist von der ersten und letzten Ausübung entfernt sind, und selbst über Jahresfrist auseinander liegen[94]; bei Grunddienstbarkeiten, die nur bei nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden können, ist Ausübung bei drei Gelegenheiten zwischen deren erster und letzter wenigstens die Ersitzungszeit inne liegt erforderlich[95]. Nach Oesterreichischem Recht ist Nachweis dreimaliger Ausübung während der Ersitzungszeit erforderlich[96].

C. Der Besitz muß ungestört und ununterbrochen ausgeübt sein[97]. Die Ersitzung der Servituten wird wie die des Eigenthums unterbrochen[98].

5. Der Umfang der Servitut bestimmt sich nach dem Umfang des Besitzstandes während der Ersitzungszeit[99].

---

[92] Holzschuher, Theorie § 112, 9; Erk. Dresden 29/4 1848 Sf. II. 141; Jena 23/7 1846 Sf. XIII. 82.

[93] Pr. L.R. I. 9. 596. 649. 651—654; Förster Eccius § 177, 78. 80.

[94] Sachsen B.G.B. § 581.

[95] Sachsen B.G.B. § 582.

[96] Oesterreich A.B.G.B. § 1471.

[97] Seuffert, Pandekten § 175, 4; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Dresden 23/5 1850 Sf. IV. 15; Sachsen B.G.B. § 578.

[98] Windscheid § 213, 4. Nach Erk. R.G. 13/1 1880 Entsch. I. 43 reicht außergerichtlicher Widerspruch zur Unterbrechung hin. Nach Sachsen B.G.B. § 586 wird der Besitz durch ein auf Antrag des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erlassenes gerichtliches Verbot, durch Pfändung, Klageerhebung und Anerkennung des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, daß ihm die Dienstbarkeit nicht zustehe, unterbrochen.

[99] Es gilt der Grundsatz tantum praescriptum quantum possessum Seuffert, Pandekten § 175, 5; Erk. Wolfenbüttel 18/10 1839 Sf. XVII. 12;

Digitized by Google

§ 269.

II. Erlöschen der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten erlöschen:

I. Durch Untergang der dienenden Sache[1] oder dadurch, daß diese dem Verkehr entzogen wird[2], Personalservituten gemeinrechtlich auch durch völlige Umgestaltung des Objekts[3]. Nach französischem Recht erlöschen Dienstbarkeiten auch mit Widerrufung des Eigenthums des Bestellens[4];

II. mit Eintritt des Endtermins ihrer Bestellung, wenn sie nur auf Zeit bestellt sind[5];

III. durch Veränderung in den Sachen oder Personen, für welche die Bestellung erfolgt ist. Grunddienstbarkeiten erlöschen mit dem völligen Untergang[6] nicht aber insoferne die Ausübung noch möglich ist bei bloßer Umgestaltung des herrschenden Grundstücks[7]; gesetzliche und durch richterliche Verfügung bestellte Grunddienstbarkeiten mit Wegfallen der Voraussetzungen, die zu ihrer Bestellung Veranlassung gegeben haben[8]. Persönliche

---

27/1 1862 Sf. XVII. 12; Celle 14/5 1869 Sf. XXIII. 16; München 23/2 1875 Sammlung V. 237; Erk. R.G. 13/1 1880 Entsch. I. 43; Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 4. 5; Sachsen B.G.B. § 588.

[1] l. 23 D. 7. 4; Elvers, Servituten 758; Erk. München 11/5 1875 Sammlg. V. 239 (Nichtwiedererrichtung eines Gebäudes, auf dem die Servitut lastet); Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4; II. 9. 8 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 595. 653; Oesterreich A.B.G.B. § 525; C. c. Art. 617. 703.

[2] Windscheid § 215 Nr. 1.

[3] l. 20 § 2 D. 8. 2; Elvers, Servituten 760; Windscheid § 215, 2. Damit übereinstimmend Sachsen B.G.B. § 653. Dieß gilt jedoch nicht nach Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 2, Pr. L.R. I. 21. 184 und C. c. Art. 617, die nur den völligen Untergang der Sache als Erlöschungsgrund anführen.

[4] Zachariä § 230, 11; § 255 Nr. 4; Baden L.R. Art. 617a.

[5] Windscheid § 212, 9; Bangerow § 340 Anm. 1, 4; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 2; Pr. L.R. I. 21. 177; Förster Eccius § 186, 138; § 187, 71; Sachsen B.G.B. § 593. 651; Oesterreich A.B.G.B. § 527; C. c. Art. 588. 617; Zachariä § 224, 4; § 230, 9; Aubry § 255, 29.

[6] l. 20 § 2 D. 8. 2; l. 3 D. 8. 6; Windscheid § 215, 3; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 595; Oesterreich A.B.G.B. § 525. Bei Wiederherstellung des herrschenden Grundstücks leben sie wieder auf.

[7] Elvers, Servituten 785a.

[8] Pr. L.R. I. 22. 10; Förster Eccius § 187, 19.

Digitized by Google

Dienstbarkeiten, die für physische Personen bestellt sind, erlöschen mit dem Tod des Berechtigten[9]; doch kann Uebergang auf die Erben bestimmt sein[10], was sich jedoch im Zweifel nur auf die unmittelbaren Nachfolger des Berechtigten erstreckt[11]. Nach Oesterreichischem Recht geht das einer Familie verliehene Recht auf alle Mitglieder derselben über[12]. Die einer juristischen Person ohne Bestimmung der Zeitdauer bestellte Personalservitut erlischt gemeinrechtlich, wenn die juristische Person nicht früher aufgehoben wird, nach 100 Jahren[13]; doch kann die Bestellung auch mit unbegrenzter Dauer erfolgen[14]. Nach Preußischem Landrecht dauert der einer juristischen Person legirte Nießbrauch 50 Jahre[15], während der auf andere Weise verliehene Nießbrauch mit der juristischen Per-

---

[9] § 3 Inst. 2. 4; Elvers, Servituten 791; Windscheid § 215, 4; Bayr. L.R. II. 9. 9. Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 176; Sachsen B.G.B. § 656; Oesterreich A.B.G.B. § 529; C. c. Art. 617.

[10] l. 5 pr. D. 7. 4; l. 38 § 12 D. 45. 1; Windscheid § 215, 7. Damit stimmen unsere Landesrechte überein unten Note 11. 12 mit Ausnahme des französischen Rechts, welches Bestimmung des Uebergangs auf die Erben nicht zuläßt Zachariä § 230, 4. A. M. Aubry 228, 3 der den Uebergang auf benannte schon existirende Erben für zuläßig hält. Der auf die Erben übergehende Nießbrauch gilt als ein neu bestellter Nießbrauch Sachsen B.G.B. § 657; Förster Eccius § 185, 50.

[11] l. 14 Cod. 3. 33; Windscheid § 215, 7; Bayr. L.R. II. 9. 9 Nr. 4 und Kreittmayr, Anm. c. dazu; Roth, Bayr. C.R. (1) § 154, 11; Pr. L.R. I. 21. 178; Förster Eccius § 185, 50; Oesterreich A.B.G.B. § 529. Nach Sachsen B.G.B. § 657 kann die Erstreckung nur auf den unmittelbaren Nachfolger des Berechtigten geschehen; dasselbe nehmen Curtius, C.R. § 1033 g für das gemeine sächsische und Lang, Sachenrecht § 87, 5 für das Württembergische Recht an. Gemeinrechtlich und nach Preußischem und Oesterreichischem Recht ist Ausdehnung auf alle Erben zuläßig. Durch Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 91 hält jedoch Dernburg, Pr. P.R. 1. § 280, 3 die Zuläßigkeit erblicher Uebertragung des Nießbrauchs an Grundstücken in Preußen für beseitigt.

[12] Oesterreich A.B.G.B. § 529.

[13] l. 56 D. 7. 1; Windscheid § 215, 6. Dieß erkennen an Bayr. L.R. II. 9. 9 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 656.

[14] Windscheid § 215, 8; Erk. Lübeck 30/6 1863 Sf. XVI. 176 nimmt dieß für den Nießbrauch juristischer Personen als Regel an. Nach Erk. München 15/5 1877 Sammlg. VI. 300 ist eine solche Bestimmung auch nach Bayrischem Landrecht zuläßig.

[15] Pr. L.R. I. 12. 423.

Digitized by Google

son gleiche Dauer hat[16]. Das letztere gilt allgemein nach Oesterreichischem Recht[17]. Nach französischem Recht dauert der einer juristischen Person verliehene Nießbrauch 30 Jahre[18].

IV. Durch Confusion. Die Dienstbarkeiten erlöschen, wenn sich die Dienstbarkeitsberechtigung und das Eigenthum der dienenden Sache in einer Person vereinigen[19], und leben gemeinrechtlich auch bei späterer Trennung nicht wieder auf[20]. Abweichend davon bestimmen unsere Landesrechte, daß mit Wiederaufhebung der Vereinigung die Grunddienstbarkeiten wieder aufleben, wenn sie im Grundbuch eingetragen waren und nicht gelöscht sind[21], dann wenn die vorhandenen Anlagen nicht beseitigt sind[22], nach Sächsischem Recht auch, wenn die Vereinigung eine nur vorübergehende war, oder durch Anfechtung des zu Grund liegenden Rechtsgeschäfts wieder aufgehoben wird[23]. Wird bei Grunddienstbarkeiten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden oder umgekehrt, so wird der Bestand der Dienstbarkeit nicht berührt[24], während bei Personalservituten das Zusammentreffen der Berechtigung mit dem Miteigenthum theilweises Erlöschen der Dienstbarkeit zur Folge hat[25].

---

[16] Pr. L.R. I. 21. 179; Förster Eccius § 186, 136.

[17] Oesterreich A.B.G.B. § 529.

[18] C. c. Art. 619; Zachariä § 230, 5. Nach einer anderen Ansicht kann die Verleihung nach Analogie der Emphyteuse auf 99 Jahre geschehen s. dagegen Aubry § 228, 4.

[19] l. 10 D. 8. 4; l. 1 D. 8. 6; Windscheid § 215, 9; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4; II. 9. 8 Nr. 4; Pr. L.R. I. 21. 184; I. 22. 52; Förster Eccius § 186, 139; § 187, 67; Sachsen B.G.B. § 594. 651; Oesterreich A.B.G.B. § 526; C. c. Art. 617. 705; Zachariä § 230, 8; § 255, 3; Aubry § 234, 25; § 255, 10.

[20] l. 17 D. 7. 4; Windscheid § 215, 10; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 3.

[21] Pr. L.R. I. 22. 53. 54; Förster Eccius § 187, 68; Oesterreich A.B.G.B. § 526. Es ist dieser Grundsatz für diejenigen Landesrechte als maßgebend anzusehen, welche die Eintragung der Prädialservituten in das Grundbuch vorschreiben.

[22] Pr. L.R. I. 22. 53. 54; Förster Eccius § 187, 68. Das Gleiche bestimmt C. c. Art. 705 für offene Dienstbarkeiten Aubry § 255, 12; Zachariä § 252, 9.

[23] Sachsen B.G.B. § 594; l. 57 pr. D. 7. 1 schreibt in diesem Fall Wiederherstellung durch richterliche Verfügung vor Windscheid § 215, 10.

[24] Vgl. unten § 277, 38.

[25] Windscheid § 215, 9.

Digitized by Google

V. Durch Verzicht des Berechtigten. Dieser kann ausdrücklich[26] oder stillschweigend erklärt werden. Stillschweigender Verzicht wird angenommen für Personalservituten bei vorbehaltloser Bewilligung der Veräußerung und bei Aufgeben des Rechts an der dienenden Sache[27], für Grunddienstbarkeiten durch das Zulassen von Veranstaltungen auf dem dienenden Grundstück, die die Ausübung der Grunddienstbarkeit hindern[28].

VI. Durch Zwangsenteignung kann nach einzelnen Landesrechten eine Grunddienstbarkeit gegen Entschädigung aufgehoben werden[29].

VII. Durch Verjährung. Dieser sind gemeinrechtlich alle Dienstbarkeiten unterworfen mit Ausnahme des Jahr um Jahr wechselnden Nießbrauchs[30] und des Wohnungsrechts[31]. Nach den neueren Landesrechten erlöschen alle Dienstbarkeiten ohne diese Ausnahmen durch Verjährung[32]. Das Erlöschen der Dienstbar-

[26] Der ausdrückliche Verzicht kann in einer letztwilligen Verfügung erklärt werden l. 86 § 4 D. 30; Elvers, Servituten 771; Sachsen B.G.B. § 592. Bei Verzicht durch einen Akt unter Lebenden ist es bestritten, ob Annahme von Seite des Verpflichteten zur Geltung desselben erforderlich sei. Dafür erklären sich Elvers, Servituten 768; Windscheid § 215, 11; Brinz, Pandekten (2) § 198, 16; Lang, Sachenrecht § 92, 8, und es ist bestimmt Sachsen B.G.B. § 590 und 649. Dagegen halten auf Grund der Bestimmung l. 48 pr. l. 64. 65 pr. D. 7. 1 einseitigen Verzicht für genügend Puchta, Pandekten § 190k; Schönemann, Servituten § 47; es entspricht dieß dem Oesterreichischen Recht Kirchstetter, Commentar 451, 1 und ist angenommen im französischen Recht Aubry § 234, 45, § 255, 31. Nach Pr. L.R. I. 16. 392 ist nur bei gerichtlich erklärtem Verzicht Acceptation des Verpflichteten nicht erforderlich Förster Eccius § 18, 42.

[27] l. 4 § 12 D. 44. 4; Windscheid § 215, 11; Seuffert, Pandekten § 169, 27; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 650; Pr. L.R. I. 21. 181—183; Förster Eccius § 186, 137. Der Berechtigte wird dadurch von seinen Verpflichtungen nur für die Zukunft befreit.

[28] l. 8 pr. D. 8. 6; Seuffert, Pandekten § 177, 3; Lang, Sachenrecht § 92, 7; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 591; Pr. L.R. I. 22. 43; Förster Eccius § 187, 56.

[29] Vgl. oben § 246, 24.

[30] l. 28 D. 7. 4; Windscheid § 216, 11; Kreittmayr, Anm. 1 zu L.R. II. 9. 8.

[31] l. 10 pr. D. 7. 8; Windscheid § 208, 2. In mehreren Landesrechten des gemeinrechtlichen Rechtsgebietes ist dieß nicht anerkannt vgl. unten § 276, 12.

[32] Pr. L.R. I. 21. 184; I. 22. 50. 51; Sachsen B.G.B. § 596. 655; Oesterreich A.B.G. B. § 1488; C. civ. Art. 617. 706.

Digitized by Google

keit durch Verjährung erfolgt gemeinrechtlich und nach französischem Recht theils durch Nichtgebrauch, theils durch Ersitzung der Freiheit von Seite des Verpflichteten[33], nach den neueren Landesrechten nur durch Nichtgebrauch[34].

Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Durch Nichtgebrauch erlöschen gemeinrechtlich die persönlichen Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Jahr um Jahr wechselnden Nießbrauchs und des Wohnungsrechts[35], und diejenigen Grunddienstbarkeiten, die nur zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen[36], während bei Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung ein Recht auf einen dauernden Zustand des herrschenden oder dienenden Grundstücks gewährt, Ersitzung der Freiheit von

---

[33] Vgl. unten Note 35—37. 43. 44.

[34] Vgl. unten Note 39—42.

[35] l. 25 D. 7. 4; Unterholzner, Verjährungslehre § 127; Elvers, Servituten 772a; Windscheid § 216, 2; Brinz, Pandekten (2) § 198, 18; Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 1. Andere halten auch beim Nießbrauch Ersitzung der Freiheit für erforderlich Glück, Commentar IX. 370 f. dagegen Vangerow § 357 Anm. Nr. 1.

[36] l. 6 D. 8. 2; Windscheid § 216, 2; Arndts § 194 Anm. 3; Kindervater, in Bekker Jahrb. VI. 137. Da die Quellen das Erforderniß der Freiheitsersitzung nur für städtische Dienstbarkeiten erwähnen, so unterschied die ältere Meinung nach den städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten und nahm nur für letztere die Verjährung durch Nichtgebrauch an Glück, Commentar IX. 31, 88; Unterholzner, Verjährungslehre § 217; Seuffert, Pandekten § 180, 21; Vangerow § 357 Anm. Nr. 3; Sintenis, C.R. § 66, 16; Erk. München 26/4 1848 Bl. XVII. 347; Lübeck 24/5 1845 Sf. VIII. 349; 27/3 1847 Sf. X. 19; Berlin 18/6 1874 Sf. XXIX. 222. Dieß ist schon Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 3 und Kreittmayr, Anm. c dazu verworfen, indem wie dieß schon in dem älteren Landrecht geschah, die Freiheitsersitzung nur bei ständigen Dienstbarkeiten als erforderlich erklärt ist. Diese Stellung nehmen Erk. Celle 7/10 1860 T.E. VII. 27 und Berlin 3/2 1874 Sf. XXX. 7 ein, indem sie annehmen, daß bloßer Nichtgebrauch bei Dienstbarkeiten genüge die zu einzelnen Handlungen berechtigen, während Ersitzung der Freiheit bei solchen Dienstbarkeiten erforderlich sei, die ein Recht auf einen dauernden Zustand des herrschenden oder dienenden Grundstücks gewähren. Nach einer andern Meinung soll die usucapio libertatis bei allen Grunddienstbarkeiten erforderlich sein Darmstadt Präj. Nr. 187; Erk. 9/2 1869 Sf. XXVII. 9. Endlich findet sich auch die Meinung vertreten, daß das Erforderniß der Freiheitsersitzung für alle Dienstbarkeiten beseitigt sei s. die bei Glück, Comment. X. 264, 48 angeführten und dagegen Vangerow § 357 Anm. Nr. 3.

Digitized by Google

Seite des Verpflichteten erforderlich ist[37]. Nach gemeinem Sachsenrecht erlöschen alle ländlichen Servituten durch Nichtgebrauch[38]. Nach Preußischem Landrecht erlöschen durch Nichtgebrauch sowohl die Personalservituten[39] als die Grunddienstbarkeiten, letztere jedoch, insoferne sie durch besondere Anlagen und Anstalten ihr Dasein bekunden, erst mit Hinwegnahme derselben[40]. Nach Sächsischem[41] und Oesterreichischem Recht[42] erlöschen alle Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch. Nach französischem Recht erlöschen Personalservituten und nichtständige Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch[43]; bei ständigen Dienstbarkeiten ist Ersitzung der Freiheit erforderlich[44].

2. Zur Ersitzung der Freiheit ist gemeinrechtlich erforderlich, daß die dienende Sache die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustand besessen worden sei[45], wobei der Zustand der Freiheit nicht gewaltsam, bittweise oder heimlich herbeigeführt sein darf[46], und guter Glaube des Ersitzenden erforderlich ist[47]. Zur

---

[37] S. die Note 31 Citirten und Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 7. 8; Windscheid § 216, 2; Erk. Dresden 17/11 1870 Sf. XXIX. 113; Berlin 31/2 1874 Sf. XXX. 7. Das Gleiche nimmt das Württembergische Recht für solche unständige Dienstbarkeiten an, bei denen eine Thätigkeit des Eigenthümers der dienenden Sache mitwirken muß Lang, Sachenrecht § 95, 15.

[38] Dec. 3 von 1746 Heimbach, P.R. § 190, 4. Die Beschränkung auf Dienstbarkeiten ländlicher Grundstücke entspricht der Ueberschrift des Gesetzes. Abweichend nimmt Curtius, C.R. § 1019p an, daß dieß nach gemeinem Sachsenrecht bei allen Grunddienstbarkeiten eintrete, die nicht ein bloßes Verbietungsrecht enthalten.

[39] Pr. L.R. I. 21. 184.

[40] Pr. L.R. I. 22. 50. 51. Es ist diese Bestimmung als ein Ueberbleibsel der gemeinrechtlich erforderlichen Freiheitsersitzung anzusehen Förster Eccius § 187, 60.

[41] Sachsen B.G.B. § 595. 655.

[42] Oesterreich A.B.G.B. § 1488.

[43] C. c. Art. 617. 707; Zachariä § 230, 13; § 255, 5; Aubry § 234, 11; § 255, 16.

[44] C. c. Art. 707; Zachariä § 255, 6; Aubry § 255, 16.

[45] l. 32 D. 8. 2; Windscheid § 216, 6—8; Sintenis, C.R. § 66, 26; Lang, Sachenrecht § 95, 16.

[46] l. 32 pr. D. 8. 2; Windscheid § 216, 9; Lang, Sachenrecht § 95, 17.

[47] Windscheid § 216, 10; Sintenis, C.R. § 66, 27. Nicht für erforderlich halten den guten Glauben Elvers, Servituten 777; Erk. Lübeck 27/3 1847 Sf. X. 20.

Digitized by Google

Verjährung durch Nichtgebrauch muß gemeinrechtlich die ganze Verjährungszeit hindurch die Ausübung unterlassen worden sein, ohne daß dabei bona fides des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist[48]. Die Verjährung wird durch jede Ausübung der Dienstbarkeit unterbrochen[49]. Nach Preußischem Landrecht ist bei nichtständigen Dienstbarkeiten zur Verjährung durch Nichtgebrauch erforderlich, daß während der Verjährungszeit in drei Fällen, wo sie hätte stattfinden können, die Ausübung unterblieben sei[50]; bei den anderen Servituten, insoferne sie nicht in das Hypothekenbuch eingetragen sind, reicht Nichtausübung während der Verjährungszeit hin[51]. Durch theilweise Ausübung des Rechts wird das ganze Recht erhalten[52]. Hat der Belastete die Ausübung untersagt, und der Berechtigte sich dabei beruhigt, so tritt Ersitzung des Untersagungsrechts auf Seite des Belasteten ein[53]. Nach Sächsischem Recht ist bei Grunddienstbarkeiten, die nur bei gewissen nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden, zur Verjährung erforderlich, daß wenigstens dreimal Gelegenheit zur Ausübung vorhanden war, und von der ersten Gelegenheit an während eines Zeitraums von 30 Jahren keine Ausübung vorgekommen ist[54]. Bei Grunddienstbarkeiten, in Folge deren auf dem dienenden Grundstück etwas unterlassen werden muß, ist zur Verjährung erforderlich, daß der Eigenthümer eine Handlung unternommen hat, durch welche der Rechtsbesitz aufgehoben worden ist, und daß der Berechtigte während der Verjäh-

[48] Seuffert, Pandekten § 180, 22; Erk. Wiesbaden 14/6 1842 Sf. VI. 316; Lübeck 24/5 1845 Sf. VIII. 349; 27/3 1847 Sf. X. 20; Wolfenbüttel 12/6 1867 Sf. XXI. 24; München 26/4 1848 Bl. XVII. 377; Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 4.

[49] l. 12 § 2 l. 38 D. 7. 1; l. 5. 6 pr. D. 8. 6; Elvers, Servituten § 175; Windscheid § 216, 4; Kreittmayr, Anm. f zu Bayr. L.R. II. 7. 8. Durch theilweise Ausübung wird das ganze Recht erhalten l. 6 § 1 D. 8. 6; Bangerow § 340 Anm. 2. 1g; Erk. Wolfenbüttel 18/10 1839 Sf. XVII. 11; Celle 2/7 1861 Sf. XVIII. 19; 14/7 1863 Sf. XVIII. 20.

[50] Pr. L.R. I. 9. 543. 544; Förster Eccius § 187, 62.

[51] Pr. L.R. I. 22. 50. 51. Ist die Dienstbarkeit mit einer Anlage versehen, so beginnt der Lauf der Verjährung erst mit Entfernung derselben Förster Eccius § 187, 59. 60.

[52] Förster Eccius § 187, 64.

[53] Pr. L.R. I. 22. 52; Förster Eccius § 187, 65.

[54] Sachsen B.G.B. § 597.

Digitized by Google

rungszeit sich dabei beruhigt hat[55]. Auch nach Sächsischem Recht reicht theilweise Ausübung zur Erhaltung der Servitut hin[56]. Nach Oesterreichischem Recht ist zur Verjährung durch Nichtgebrauch erforderlich, daß sich der Verpflichtete der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte während der Verjährungszeit sein Recht nicht geltend gemacht habe[57]. Nach französischem Recht reicht bei unständigen Dienstbarkeiten der bloße Nichtgebrauch zur Verjährung hin, und diese beginnt mit dem Tag der letzten Ausübung; bei ständigen Dienstbarkeiten ist erforderlich, daß eine mit der Dienstbarkeit in Widerspruch stehende Handlung vorgenommen worden sei[58].

3. Die Erlöschung der Dienstbarkeiten erfolgt gemeinrechtlich ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien sowohl bei Freiheitsersitzung als bei Erlöschen durch Nichtgebrauch in 10 Jahren unter Anwesenden und 20 Jahren unter Abwesenden[59], bei nicht ständigen Dienstbarkeiten die nur monatweise oder in längeren Zwischenräumen geübt werden in 20 Jahren[60], bei Dienstbarkeiten an Sachen die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind in 30 bezw. 40 Jahren[61]. Nach Preußischem Recht erfolgt die Erlöschung immer in 30 bezw. 44 Jahren[62], nach gemeinem

---

[55] Sachsen B.G.B. 598.

[56] Sachsen B.G.B. § 596.

[57] Oesterreich A.B.G.B. § 1488.

[58] C. c. Art. 707; Zachariä § 255, 4.

[59] l. 16 § 1 Cod. 3. 33; l. 13 Cod. 3. 34; Windscheid § 216, 11; Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 1. 2. Nach Erk. München 6/5 1842 Bl. VIII. 48 findet die abgekürzte Eigenthumsersitzung des Bayrischen Rechts oben § 268, 70 auch auf die Freiheitsersitzung Anwendung.

[60] l. 7 D. 8. 6; l. 14 Cod. 3. 34. Die letztere Stelle wird gewöhnlich dahin ausgelegt, daß bei solchen Dienstbarkeiten die Verjährungszeit ohne Unterscheidung der Anwesenheit und Abwesenheit 20 Jahre betragen solle Elvers, Servituten 784; Sintenis, C.R. § 66, 29; Arndts § 194 k; Erk. Wolfenbüttel 17/12 1859 Sf. XIV. 117. Dieß entspricht der Württembergischen Praxis Erk. Stuttgart 15/3 1877 Sf. XXXII. 240; Lang, Sachenrecht § 95, 8. Das Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 3 verdoppelt die Zeit und läßt solche Servituten in 20 Jahren unter Anwesenden und 40 Jahren unter Abwesenden verjähren Roth, Bayr. C.R. (1) § 154, 40.

[61] Unterholzner, Verjährungslehre § 229; Windscheid § 216, 13. 14.

[62] Pr. L.R. I. 22. 50; Förster Eccius § 187, 50.

Digitized by Google

Sachsenrecht in 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen[63], nach Sächsischem und Französischem Recht in 30 Jahren[64], nach Oesterreichischem Recht in 30 beziehungsweise 40 Jahren[65].

VIII. Bestritten ist, ob Personalservituten zur Strafe wegen Mißbrauchs verloren gehen. Gemeinrechtlich ist dieß zu verneinen[66], womit das Preußische, Sächsische und Oesterreichische Recht übereinstimmen[67]. Dagegen ist Verlust wegen Mißbrauchs in mehreren deutschen Landesrechten[68] und dem französischen Recht[69] anerkannt.

IX. Ablösung. Im Interesse der Landeskultur haben einzelne Landesrechte die Ablösbarkeit einzelner Grundgerechtigkeiten namentlich der Forst- und Weiderechte ausgesprochen[70].

---

§ 270.

III. Schutz der Dienstbarkeiten.

Zum Schutz im Besitz dienen bei Dienstbarkeiten die Besitzklagen[1].

---

[63] Curtius, C.R. § 1019d. § 1035c.

[64] Sachsen B.G.B. § 596. 655; C. c. Art. 617. 706.

[65] Oesterreich A.B.G.B. § 1478. 1485.

[66] Glück, Commentar IX. 380, 40 und 493; Förster Eccius § 186, 129.

[67] Pr. L.R. I. 21. 140—142; Sachsen B.G.B. § 613; Oesterreich A.B.G.B. § 529. Das Preußische Landrecht ordnet bei Mißbrauch Sequestration an Pr. L.R. I. 21. 140.

[68] So Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 6; Roth, Bayr. C.R. (1) § 144, 50; Württemberg. L.R. IV. 11, 2; Lang, Sachenrecht § 88, 78; Solmser L.O. II. 28. 2 Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 194.

[69] C. c. Art. 618; Zachariä § 228, 8. § 230, 14; Aubry § 234, 30.

[70] Förster Eccius § 187, 30; Roth, Bayr. C.R. (1) § 154, 45. 46.

[1] Die Besitzstörungsklage ist gemeinrechtlich nur für solche Servituten gegeben, die nicht durch ein besonderes Rechtsmittel geschützt sind oben § 229, 18; die neuen Landesrechte geben für Servituten die gewöhnliche Besitzstörungsklage oben § 229, 19—26. Die Spolienklage ist gemeinrechtlich bei Servituten mit Ausnahme der Gebäudeservituten gegeben, nach Preußischem, Oesterreichischem, Sächsischem und Französischem Recht für alle Servituten oben § 229, 105. Bestritten ist, ob bei Prädialservituten der Berechtigte Selbsthülfe üben könne; für zuläßig hält dieß Erk. Darmstadt 1840 Sf. IX. 157; gegen die Zuläßigkeit erklären sich Erk. Wiesbaden 7/3 1839 Sf. I.

Digitized by Google

Zur Geltendmachung des Dienstbarkeitsanspruchs ist gemeinrechtlich[2] und nach unseren Landesrechten[3] eine besondere Klage (actio confessoria) gegeben, für welche folgende Grundsätze gelten: als Kläger legitimirt ist gemeinrechtlich der Servitutberechtigte[4], bei Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer[5], der Nutznießer[6] und der besitzende Pfandgläubiger[7], nach Preußischem Recht jeder unvollständige Besitzer[8]. Steht das Grundstück, für welches die Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird, im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch verfolgen[9]. Beklagter ist jeder, der der Ausübung der Dienstbarkeit Hindernisse in den Weg legt, also jeder, von dem eine Störung ausgeht[10]. Voraussetzung der Klage ist Verletzung des Rechts durch

---

222; Cassel 5/1 1847 und 28/11 1851 Sf. V. 258; Elvers in A. f. Pr. R.W. VII. 62.

[2] Elvers, Servituten § 76. 77; Windscheid § 217; Arndts § 191; Bayr. L.R. II. 7. 10.

[3] Pr. L.R. I. 19. 10; Franklin in Gruchot V. 39; Förster Eccius § 184, 34; Dernburg, Pr. P.R. I. § 277; Sachsen B.G.B. § 563—566; Oesterreich A.B.G.B. § 523. Nach französischem Recht richtet sich die confessorische Klage nach den für die Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen Zachariä § 254, 2.

[4] l. 5 pr. D. 7. 6; Elvers, Servituten 800; Sintenis, C.R. § 65, 11. Nach Sachsen B.G.B. § 563 ist bei Grunddienstbarkeiten ausschließlich der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks legitimirt.

[5] l. 16 D. 8. 1; Windscheid § 217, 6; Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Kreittmayr, Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10.

[6] l. 1 pr. l. 5 § 1 D. 7. 6; Windscheid § 217, 6; Seuffert, Pandekten § 180, 3; Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Kreittmayr, Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10. Der Pächter ist gemeinrechtlich zur Anstellung der Klage nicht legitimirt Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Eisenach Bl. f. Thür. VII. 146.

[7] l. 16 D. 8. 1; Windscheid § 217, 6. Nach unseren neueren Hypothekengesetzen werden die Fälle, in welchen ein Pfandgläubiger in die Lage kommen kann die Klage anzustellen, nur selten vorkommen.

[8] Franklin bei Gruchot V. 42; Dernburg, Pr. P.R. I. § 156, 5.

[9] l. 4 § 3 D. 8. 5; Windscheid § 217, 8; Sintenis, C.R. § 57, 21; Randa, E. § 9, 40; Erk. München 19/12 1848 Sf. III. 145; Lübeck 28/2 1842 Sf. XI. 214; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 564; Dernburg, Pr. P.R. I. § 223, 10; § 277, 6. Das von einem einzelnen Miteigenthümer erstrittene Urtheil wirkt für alle Erk. Jena 1873 Sf. XXXI. 74.

[10] l. 5 § 1 D. 7. 6; l. 10 § 1 D. 8. 5; Seuffert, Pandekten § 182, 4; Erk. Dresden 19/11 1859 Sf. XIV. 119; München 28/2 1873 Sammlg. III. 127; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 532. Nach einer an-

Digitized by Google

Störung der Ausübung oder Bestreitung desselben [11]. Die Klage ist auf Anerkennung der Dienstbarkeit und Beseitigung jeder Störung in der Ausübung gerichtet, wobei der Beklagte zur Cautionsstellung angehalten werden kann [12], und zum Ersatz des angerichteten Schadens verpflichtet ist [13]. Der Kläger muß bei Widerspruch den Beweis des Rechts [14], bei Grunddienstbarkeiten daher auch den Beweis seines Rechtsverhältnisses zum herrschenden Grundstück [15] führen.

Titel II.

Die persönlichen Dienstbarkeiten [1].

§ 271.

Allgemeines.

Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind dem Interesse einer physischen oder juristischen Person zu dienen. Gemeinrechtlich ist die Zahl der Personalservituten auf drei beschränkt (ususfructus, usus, habitatio) [2], und es findet sich

deren Ansicht soll die actio confessoria nur gegen den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gegeben sein Erk. Jena 19/5 1860 Sf. XIV. 91. Nach Pr. L.R. I. 19. 10 ist die Klage nur gegen den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer gegeben, wenn die Richtigkeit des dinglichen Rechts auf die Substanz der Sache ausgemittelt werden soll.

[11] l. 4 § 5 l. 10 § 1 D. 8. 5; Erk. Jena 9/12 1841 Sf. I. 324; Darmstadt 25/4 1856 Sf. XI. 126; München 19/6 1876 Sf. XXXII. 211; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 532.

[12] l. 7 D. 8. 5; Windscheid § 217, 1—3; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 5. Nach Sachsen B.G.B. § 532 wird Strafandrohung verfügt.

[13] l. 4 § 2. 3 D. 8. 5; Windscheid § 217, 2; Erk. Berlin 18/1 1868 Sf. XXI. 213; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 532.

[14] l. 2 § 1 l. 10 pr. D. 8. 5; Bangerow § 353 Anm. I. a; Sintenis, C.R. § 65, 19; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 6; Weimar Ges. 16/4 1833 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 533. 565; Oesterreich A.B.G.B. § 523.

[15] Erk. München 14/10 1847 Sf. II. 12.

[1] Vgl. Elvers, Servituten § 50—61; Windscheid § 202—208; Förster Eccius § 186.

[2] Die im römischen Recht weiter aufgeführte Dienstbarkeit der operae animalium ist nicht mehr praktisch Puchta, Pandekten § 179; Lang, Sachenrecht § 87, 9.

Digitized by Google

dieses ebenso im Sächsischen, Oesterreichischen und Französischen Recht[3]; dagegen hat das Preußische Recht alle drei in die eine Dienstbarkeit des Nießbrauchs zusammengezogen[4]. Gleichwohl ist gemeinrechtlich und nach unseren Landesrechten die Grundlage zu einer Ausdehnung geschaffen, indem in den sog. irregulären Personalservituten die Möglichkeit ein Recht, das gewöhnlich als Prädialservitut besteht, für eine Person als berechtigtes Subjekt zu bestellen, gegeben ist[5], was jedoch insoferne nicht als eine Ausnahme erscheint, als darin nur die theilweise Einräumung eines Nießbrauchs oder Gebrauchsrechts zu sehen ist[6]. Für die persönlichen Dienstbarkeiten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

---

[3] Sachsen B.G.B. § 604. 637. 638; Oesterreich A.B.G.B. § 478; C. c. Art. 578. 625.

[4] Pr. L.R. I. 21. 1. 185; vgl. unten § 275, 6; § 276, 7.

[5] Vgl. über diese Zachariä, A. f. C.P. XXVII. 38; Elvers, Servituten § 23; Cohnfeldt, die irregulären Personalservituten 1862; Bangerow § 339 Anm. I; Windscheid § 202, 2; Randa, Besitz § 27, 7. Manche ziehen die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses in Abrede und nehmen an, es könne nur als obligatorische Verpflichtung nicht als dingliches Recht constituirt werden; allein in unseren Quellen sind Beispiele von derartigen Servituten aufgeführt l. 32 D. 7. 1; l. 4 § 6 l. 37 D. 8. 3; l. 6 D. 33. 3, und es ist die Möglichkeit der Constituirung solcher Dienstbarkeiten in Gesetzgebung und Praxis anerkannt Kreittmayr, Anm. a zu L.R. II. 9. 1; Erk. Lübeck 15/7 1850 Sf. VI. 11; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; Cassel 24/2 1838 Sf. VIII. 113; Wolfenbüttel 28/4 1858 Sf. XV. 205; Jena 21/1 1858 Sf. XXI. 95; München 23/5 1845 Bl. XIII. 59; Sachsen B.G.B. § 601; Oesterreich A.B.G.B. § 479. Auch für das Preußische Recht wird die Zulässigkeit angenommen Förster Eccius § 185, 89; Dernburg, Pr. P.R. I. § 288, 2. Ueber das Französische Recht vgl. Zachariä § 247, 1.

[6] Dieß ist die gewöhnliche Construktion Windscheid § 202, 2; Arndts § 177, 3; Sintenis, C.R. § 58, 2; Erk. Berlin 4/2 1873 Sf. XXIX. 111. Dieser schließt sich an Sachsen B.G.B. § 601: „Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit können die gesammten Nutzungen oder einzelne Arten der Nutzungen einer fremden Sache sein. Auch Befugnisse, welche den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden können, ohne mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden zu sein, als persönliche Dienstbarkeiten bestehen". Als Personalservituten faßt sie auf Kreittmayr, Anm. 3b zu L.R. II. 7. 2 und Anm. a zu L.R. II. 9. 1. Auch für das Preußische Recht wird dieser Standpunkt vertreten von Förster Eccius § 185, 89. Nach einer anderen Ansicht sollen es dem deutschen Recht eigenthümliche Grunddienstbarkeiten ohne herrschendes Grundstück sein Erk. Stuttgart 3/4 1869 Sf. XXIII. 111. 112; Dresden 20/9 1878 Sf. XXXVI. 108; Lang, Sachenrecht § 77, 17; damit übereinstimmend

Digitized by Google

1. Sie sind an die Person des Berechtigten gebunden, daher unveräußerlich [7] und in der Regel unvererblich [8].

2. Die persönlichen Dienstbarkeiten sind mit Ausnahme des Nießbrauchs nicht theilbar [9].

I. Der Nießbrauch [1].

§ 272.

1. Begriff und Arten.

Der Nießbrauch ist das Recht eine fremde Sache oder ein fremdes Recht zu benützen [2]. Nach römischem Recht war ursprünglich der Nießbrauch nur an nicht verbrauchbaren Sachen gegeben, und sollte daher nur den ohne Verletzung der Substanz möglichen Gebrauch enthalten [3]; durch die gesetzliche Bestimmung, daß ein Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen zuläßig sei [4], wurde der Begriff ausgedehnt, und es ist dieß auch in unsere Landesrechte übergegangen [5]. Von Manchen wird der Nießbrauch

---

Oesterreich A.B.G.B. § 479: „Es können Dienstbarkeiten, die an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein verliehen sein." Grunddienstbarkeiten, die einer Gemeinde zustehen, werden von manchen als regelmäßige Prädialservituten aufgefaßt, indem sie die Gemeindemarkung als herrschendes Grundstück ansehen Erk. Jena 21/1 1851 Sf. XXI. 95; Darmstadt 21/3 1871 Sf. XXVI. 41.

[7] Windscheid § 202, 5; Sachsen § 600. Vgl. unten § 274, 50.

[8] Windscheid § 202, 4 vgl. oben § 269, 9 f.

[9] Windscheid § 207, 12; Sachsen B.G.B. § 648.

[1] Vgl. Held vom Ususfruktus 1848; Bürkel, Lehre vom Nießbrauch 1864; Heimbach, Ususfruktus R.L. XI. 867.

[2] Es kommt hier der Nießbrauch in Betracht nur insoferne er als selbstständiges Rechtsinstitut auftritt, nicht aber soweit die Berechtigung zur Beziehung der Nutzungen nur nach Analogie des Nießbrauchs beurtheilt wird, in Wirklichkeit aber von einem anderen Rechtsverhältniß abhängt, wie das Recht des Pfarrers an den Pfarrgrundstücken und des Vasallen am Lehen. Es sind solche Berechtigungen bei den einzelnen Rechtsinstituten zu behandeln.

[3] l. 1 D. 7. 1. Ususfructus est jus alienis rebus fruendi salva rerum substantia. Damit stimmt unter den neueren Landesrechten nur C. c. Art. 578 überein. Ueber die anderen Landesrechte vgl. unten Note 8.

[4] l. 1 D. 7. 5. Vgl. darüber Elvers, Servituten 578; Windscheid § 206, 2.

[5] Bayr. L.R. II. 9. 10; Pr. L.R. I. 21. 173. 174; Sachsen B.G.B. § 623; Oesterreich A.B.G.B. § 510; C. c. Art. 587.

Digitized by Google

in der letzteren Gestalt als quasi ususfructus oder uneigentlicher Nießbrauch unterschieden[6] oder gar nicht zu den Servituten gerechnet[7]; richtiger ist es, nach dem Vorgang der neueren Gesetzgebungen[8] den Nießbrauch als einheitliches Rechtsinstitut zu behandeln, bei welchem nur die Verschiedenheit der Gegenstände auf die er sich bezieht für einzelne Seiten des Rechtsverhältnisses von Einfluß ist[9]. Es ist dieß nothwendig schon für Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts, da auch nach diesem die Möglichkeit einer Verbindung der Nutznießung an verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen zu einem einheitlichen Rechtsverhältniß gegeben ist[10]; noch vielmehr aber nach der neueren Rechtsentwicklung, in welcher eine Verbindung des römischen Ususfruktus

---

[6] Dieß geschieht noch jetzt durchgängig von unseren gemeinrechtlichen Schriftstellern, so z. B. Windscheid § 206. Es beruht dieß auf l. 2 § 1 D. 7. 5: remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.

[7] So Elvers, Servituten 579; Sintenis, C.R. § 59, 50.

[8] Die neueren Landesrechte behandeln den verus und quasi ususfructus als einheitliches Rechtsinstitut, indem sie die Nothwendigkeit der Erhaltung der Substanz nicht als Erforderniß des Nießbrauchs erklären. So sagt Bayr. L.R. II. 9, 1: „Der Nießbrauch ist eine rechtliche Befugniß fremdes Gut zu benutzen"; Sachsen B.G.B. 604: „der Nießbrauch gibt das Recht alle Nutzungen der dienenden Sache zu ziehen"; Pr. L.R. I. 21. 22: „das vollständige Nutzungsrecht oder die Befugniß eine fremde Sache nach Art eines guten Hausvaters ohne weitere Einschränkung zu benutzen und zu gebrauchen wird der Nießbrauch genannt". Nach Oesterreich A.B.G.B. § 510 ist die Fruchtnießung an verbrauchbaren Sachen als an dem Werth derselben bestellt anzusehen.

[9] Es liegt hier das gleiche Verhältniß vor wie bei der Dos, für welche unter sich abweichende Regeln gelten, je nachdem sie in vertretbaren in nicht vertretbaren beweglichen oder in unbeweglichen Sachen besteht, und je nachdem sie gegen eine Schätzungssumme übergeben ist oder nicht. Nach dieser Verschiedenheit der Gegenstände ist das Recht des Ehemanns verschieden sowohl was das Recht an der Sache als was die Dispositionsbefugniß und die Restitutionspflicht betrifft; und doch spricht man immer von einem einheitlichen Rechtsinstitut der Dos. Das Gleiche findet beim Nießbrauch statt, indem die beiden Arten desselben in dem Recht an der Sache und in der Dispositionsbefugniß und Restitutionspflicht des Berechtigten sich unterscheiden.

[10] Bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen wird auch nach römischem Recht Verbindung des verus und quasi ususfructus zu einem einheitlichen Rechtsverhältniß angenommen Arndts § 181; Seuffert, Pandekten § 170, 1; gerade dieses aber ist jetzt der gewöhnliche Fall, während Nießbrauch an einzelnen Sachen seltener vorkommt.

Digitized by Google

mit der deutschen Leibzucht vollzogen ist. Auch das ältere deutsche Recht kannte nämlich ein dem römischen Ususfruktus analoges Rechtsinstitut, welches man jetzt mit dem gemeinsamen Namen der Leibzucht bezeichnet [11], und das in der Hauptsache dem Institut entspricht, das in unserem neueren Recht als Recht der Nutznießung aufgeführt wird [12]. Gerade dieses unterscheidet sich aber von dem römischen Ususfruktus darin, daß es auf alle Arten von Vermögensgegenständen ausgedehnt ist [13].

Der Nießbrauch kann an allen Sachen und Rechten [14], daher auch an einem ganzen Vermögen [15] begründet sein. Je nach der Beschaffenheit des Objekts ist indessen auch jetzt noch zu unterscheiden, indem bei dem Nießbrauch an verzehrbaren Sachen die Restitutionspflicht daher auch das Dispositionsrecht anders geregelt ist als bei dem Nießbrauch an nicht verzehrbaren Sachen [16]. Bestritten ist, zu welcher Categorie der Nießbrauch an Rechten, namentlich an Capitalien zu rechnen sei [17]; während die einen ihn immer zum Nießbrauch an verzehrbaren [18], die anderen zum Nieß-

---

[11] Maurenbrecher, P.R. § 254, 256. Aeltere Schriftsteller gebrauchen diesen Ausdruck nur von dem bäuerlichen Austrag; indessen findet er sich schon Ssp. I. 21 für das Leibgeding der Wittwe, und war später allgemein für alle Nutzungsrechte in Uebung Maurenbrecher, P.R. § 254, 6.

[12] Maurenbrecher, P.R. § 254 will als allgemeines Unterscheidungsmerkmal der deutschen Leibzucht und des Ususfruktus aufstellen, daß bei ersterer der Berechtigte über die Substanz verfügen dürfe, daß er keine Caution zu bestellen habe, und daß er zu positiven Handlungen verpflichtet sei. Allein diese Annahmen entbehren durchaus der Begründung.

[13] In den deutschrechtlichen Quellen findet sich nichts, was auf eine dem verus und quasi ususfructus entsprechende Unterscheidung der Leibzucht gedeutet werden könnte.

[14] l. 13 § 1 D. 7. 1; l. 3 D. 7. 5; Windscheid § 200, 5; § 206, 7; Sachsen B.G.B. 625. 630; Pr. L.R. I. 21. 1.

[15] l. 3 D. 7. 5; l. 29. 34 § 2 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 176, 94; Bayr. L.R. II. 9. 3 Nr. 2; Pr. L.R. I. 21. 42. 71; Sachsen B.G.B. § 631—636.

[16] Vgl. unten § 274, 1 und 69.

[17] Vgl. Steinberger über den ususfructus nominis Z. f. C.R.* XI. 159; Duncker, A. f. Pr. R.W. VI. 6; Thomas de usufructu nominum 1837; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen 1880; Windscheid § 206, 9.

[18] Glück, Comment. IX. 172. 408; Elvers, Servituten 597; Puchta, Pandekten § 182; Erk. Rostock 18/11 1861 Sf. XVII. 65.

Digitized by Google

brauch an unverzehrbaren Sachen rechnen [19], will eine dritte Meinung nach dem Gegenstand des Forderungsrechts unterscheiden [20]. Aber auch von diesem Standpunkt aus wird der Nießbrauch an Capitalien gewöhnlich als uneigentlicher Nießbrauch erklärt [21]. Unsere Landesrechte behandeln durchgängig den Nießbrauch an Forderungen als Nießbrauch an unverzehrbaren Objekten [22].

§ 273.

2. Begründung.

Der Nießbrauch kann durch Privatdisposition Zeitablauf und Gesetz begründet werden. Während für die beiden ersten Begründungsarten die allgemeinen bei allen Dienstbarkeiten geltenden Grundsätze in Anwendung kommen, sind für die Fälle der Entstehung durch Gesetz vielfältig die Grundsätze des Familienrechts und Erbrechts bestimmend. Manche scheiden daher die Darstellung des gesetzlichen Nießbrauchs aus der Lehre von den Dienstbarkeiten aus, theils weil sie darin nur ein dem Familienrecht angehörendes Verhältniß sehen, theils weil sie den gesetzlichen Nießbrauch als ein von der Personalservitut des Nießbrauchs völlig verschiedenes Institut betrachten. Die Abweichungen sollen darin bestehen, daß bei dem gesetzlichen Nießbrauch der Berechtigte

[19] S. die bei Glück, Comment. IX. 406, 7 und Steinberger Z. f. C.R, *XI. 150, 1. 2 Citirten.

[20] Steinberger, Z. f. C.R.* XI. 159; Windscheid § 206, 9; Sintenis. C.R. § 59, 57.

[21] Steinberger, Zeitschrift für C.R.* XI. 176; Schönemann, Servituten § 24; Heimbach, R.L. XI. 953; Lang, Sachenrecht § 89, 6. Andere unterscheiden, ob der Nießbrauch nur an den Zinsen oder an dem Capital selbst bestellt sei, und nehmen in dem erstern Fall verus in dem letzteren quasi usus-fructus an s. die bei Glück, Comment. IX. 407, 12—14 Citirten; Held, Usus-fructus § 12; Seuffert § 170, 8. Diese letztere Auffassung ist in Sachsen B.G.B. § 625—627 recipirt.

[22] So das Bayrische Landrecht Kreittmayr, Anm. f zu L.R. II. 9. 10 und Anm. d zu L.R. II. 9. 3; Pr. L.R. I. 21. 101. 104; Dernburg, Pr. P.R. I. § 285, 3; Oesterreich A.B.G.B. § 510. Das Gleiche wird nach Französischem Recht angenommen Zachariä § 225, 1. Auch das Sächsische Recht ist insoferne hieher zu rechnen, als es bei dem Nießbrauch an Werthpapieren dem Nießbraucher das Recht des Verkaufs abspricht B.G.B. § 628.

Digitized by Google

keine Caution zu errichten habe[1], und daß der Inhalt ein anderer sei, indem dem Berechtigten bei dem gesetzlichen Nießbrauch eine weitergehende Dispositionsbefugniß zustehe. Allein diese Ansicht entbehrt der Begründung[2]. Der gesetzliche Nießbrauch ist vielmehr nach den für den Nießbrauch überhaupt geltenden Regeln zu beurtheilen, und nur in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen gelten für ihn von den allgemeinen abweichende Grundsätze[3]. Die einzelnen in unserem Recht begründeten Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs sind folgende:

I. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts[4] hat der sich wieder verheirathende Ehegatte, den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Ehegewinn und an dem Erbtheil eines verstorbenen erstehelichen Kindes, das er zugleich mit dessen Geschwistern beerbt hat, während das Eigenthum dieser Vermögenstheile den erstehelichen Kindern zufällt[5].

---

[1] Die Befreiung von der Cautionspflicht ist nach der neueren Rechtsentwicklung nicht einmal im gemeinrechtlichen Rechtsgebiet ein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal unten § 274, 83 f.; das Preußische und Oesterreichische Recht kennen überhaupt keine allgemeine Cautionspflicht unten § 274, 103. 104.

[2] Die hier erörterte Frage kann überhaupt so allgemein nicht gestellt, sie muß auf den gesetzlichen Beisitz der Eltern an dem Vermögen der aufgelösten Ehe, den gesetzlichen Nießbrauch des Vaters an dem nichtfreien Vermögen der Kinder und den Nießbrauch des Ehemanns an dem ehefräulichen Vermögen beschränkt werden. In dieser Hinsicht ist die Begründung der oben ausgesprochenen Meinung unten Note 38, 42 und 46 gegeben. Für die übrigen Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs gelten keine von den gemeinen Regeln abweichenden Bestimmungen unten Note 7. 11. 14. 35.

[3] Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 394 ist ausgesprochen, daß bei Leibzucht die über die Art der Ausübung des Nießbrauchs im Allgemeinen geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen, soweit nicht gesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmen oder die Natur des Instituts es mit sich bringt. Man kann dieß auf den gesetzlichen Nießbrauch allgemein anwenden.

[4] Im Preußischen, Sächsischen, Oesterreichischen und Französischen Recht ist diese Bestimmung nicht aufgenommen, ebenso cessirt sie in den oben § 150, 5—8 aufgeführten gemeinrechtlichen Rechtsgebieten.

[5] Vgl. oben § 150, 13. 18. Ohne Grund wird von Manchen angenommen, daß dieses Nutznießungsrecht dem an dem nichtfreien Kindervermögen gleichstehe Elvers, Servituten 57 b f. dagegen Roth, Bayr. C.R. (1) § 158, 11. 12. Nach C. c. Art. 754 haben die Eltern die mit Geschwistern die Erbschaft eines kinderlos verstorbenen Kindes theilen die Nutznießung an dem dritten Theil des Vermögens, das sie nicht zu Eigenthum erhalten.

Digitized by Google

II. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts erwirbt der Ehemann an der Dos, die Ehefrau an der donatio propter nuptias, für welche ihnen vertragsmäßig der Anfall nach Auflösung der Ehe zugesichert ist, bei dem Vorhandensein von Kindern das Eigenthum nur an einem Kopftheil, während sie an dem übrigen nur Nießbrauch erhalten[6]. Für diesen Nießbrauch fehlt es an näheren Bestimmungen, und er ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[7]. Nach Bayrischem Landrecht hat bei bekindeter Ehe der Ehemann an der bestellten Dos, die Ehefrau an der Widerlage lebenslänglichen Nutzgenuß anzusprechen[8].

III. Bei Ehescheidung fällt gemeinrechtlich[9] die Ehescheidungsstrafe den vorhandenen Kindern zum Eigenthum zu, und der unschuldige Theil hat daran nur lebenslänglichen Nießbrauch[10].

Nach französischem Recht fällt bei Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung das Eigenthum der Hälfte des Vermögens jedes Ehegatten den Kindern zu, wobei Vater und Mutter die Nutznießung dieser Hälfte bis zur Volljährigkeit der Kinder anzusprechen haben[11].

IV. Die arme Wittwe, welche gemeinrechtlich ein Erbrecht an dem Vermögen des Ehemanns hat[12], erhält wenn sie mit eignen Kindern concurrirt nur lebenslänglichen Nießbrauch an ihrer Erbportion[13]. Da das Gesetz nähere Bestimmungen

---

[6] Nov. 98. c. 1; Nov. 127. c. 3; Windscheid § 506, 16.

[7] Elvers, Servituten 577 hält die für die Nutznießung an dem nichtfreien Vermögen der Kinder geltenden Grundsätze auch hier für anwendbar, allein es fehlt für diese Behauptung jeder positive Anhaltspunkt.

[8] Bayr. L.R. I. 6. 36 Nr. 7; I. 6. 37 Nr. 6.

[9] Die Bestimmungen des römischen Rechts kommen nicht in allen Theilen des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets zur Anwendung oben § 149, 15. 26. 30. 32. 33, ferner nicht nach Preußischem, Sächsischem, Oesterreichischem und Französischem Recht.

[10] l. 11 § 1 Cod. 5. 17; Nov. 117. c. 8. 9; vgl. oben § 149, 8. In Ermanglung besonderer Bestimmungen kommen für diesen Nießbrauch die allgemeinen Regeln zur Anwendung; a. M. Elvers, Servituten 577 Nr. 4.

[11] C. c. Art. 305; vgl. oben § 149, 71.

[12] Windscheid § 574, 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 355, 8. Dieses Erbrecht findet nur in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts Anwendung, und auch hier ist es für einzelne Landesrechte gesetzlich ausgeschlossen.

[13] Nov. 117. c. 5; Windscheid § 355, 20; Roth, Bayr. C.R. (1) § 355, 20.

Digitized by Google

nicht getroffen hat, so sind die allgemeinen für den Nießbrauch geltenden Grundsätze dafür anwendbar[14].

V. Auf Grund der während der Ehe in Geltung gewesenen ehelichen Güterordnung hat der überlebende Ehegatte den Besitz an dem Vermögen des Verstorbenen in folgenden Fällen anzusprechen:

1. bei unbeerbter Ehe,

a. bei allgemeiner Gütergemeinschaft nach Preußischem Landrecht[15], der Nürnberger Reformation[16], Recht des F. Kempten[17], Westfalen[18], Stadt Wimpfen[19], Münster P.O.[20], Lingen Landrecht[21];

b. bei Errungenschaftsgemeinschaft Stadt Bendorf[22], Solmser L.O.[23], Nürnberger Reformation[24], Bayrisches Landrecht[25], Württembergisches Landrecht[26], Recht der Stadt Regensburg[27], N. K. L.O.[28], Solmser L.O.[29], Frankfurter Reformation[30], O. K.L.O.[31], Pfälzer L.R.[32];

---

[14] Elvers, Servituten 577 Nr. 5 nimmt auch hier Befreiung von der Cautionspflicht an; allein in Ermanglung gesetzlicher Bestimmungen müssen hier die allgemeinen Grundsätze als maßgebend angesehen werden.

[15] Vgl. oben § 110, 17.

[16] Vgl. oben § 110, 17.

[17] Vgl. oben § 110, 17.

[18] Vgl. oben § 111, 28.

[19] Vgl. oben § 111, 23.

[20] Vgl. oben § 112, 24.

[21] Vgl. oben § 112, 24.

[22] Vgl. oben § 121, 19.

[23] Vgl. oben § 121, 20. Es ist dieß die in Nassau, Hessen-Homburg und Isenburg geltende Form.

[24] Vgl. oben § 121, 22.

[25] Vgl. oben § 121, 26.

[26] Vgl. oben § 122, 24.

[27] Vgl. oben § 122, 25.

[28] Vgl. oben § 123, 6.

[29] Vgl. oben § 123, 9. Es ist dieß die in Kurhessen und Darmstadt geltende Form der Solmser L.O.

[30] Vgl. oben § 123, 7.

[31] Vgl. oben § 123, 11.

[32] Vgl. oben § 123, 14.

Digitized by Google

c. bei Verwaltungsgemeinschaft Schwarzburg-Rudolstadt[33], Schwarzburg-Sondershausen[34].

Der Beisitz des überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des Verstorbenen bei unbeerbter Ehe richtet sich, soweit das Statut ihm nicht größere Rechte einräumt, nach den allgemeinen Grundsätzen[35];

2. bei beerbter Ehe. Zahlreiche Landesrechte bestimmen auf Grund des während der Ehe in Geltung gewesenen ehelichen Güterrechts bei beerbter Ehe ein Beisitzrecht beider Eltern[36], auf welches, insoferne die Statuten nicht ausdrücklich anderes vorschreiben[37], die für den Nießbrauch geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen[38].

VI. Gemeinrechtlich und nach Preußischem und Sächsischem Recht[39] hat der Vater, nach Französischem Recht[40] haben beide Eltern ein Nießbrauchsrecht an dem nichtfreien Vermögen der Hauskinder; die für dieses Nutzungsrecht geltenden Grundsätze weichen in mancher Beziehung von den für die Nutznießung im Allgemeinen geltenden Grundsätzen ab[41]; allein darin liegt keine Veranlassung, den Nießbrauch an dem nichtfreien Vermögen für

---

[33] Vgl. oben § 143, 47.

[34] Vgl. oben § 143, 51.

[35] Als Nießbrauch ohne weiteren Beisatz wird das Recht bezeichnet in Pr. L.R. II. 1. 246; Bayr. L.R. I. 6. 38 Nr. 2. Weitergehende Rechte sind z. B. damit verbunden nach der Solmser L.O. Roth, Kurhess. P.R. § 120, 12 und dem Württembergischen L.R. Lang, Personenrecht § 84.

[36] S. die Zusammenstellung oben § 162, 17—20.

[37] Vgl. oben § 162, 27.

[38] Vgl. oben § 162, 28; Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 194.

[39] Vgl. oben § 168, 42. Nach Oesterreichischem Recht hat der Vater kein Nutzungsrecht am Vermögen der Hauskinder oben § 168, 42. Dem Nutzungsrecht des Vaters steht nach einzelnen Landesrechten das beiden Eltern am Kindervermögen zustehende Beisitzrecht gleich, oben § 162. 1.

[40] C. c. Art. 384.

[41] Die wichtigsten Abweichungen sind, daß der Vater gemeinrechtlich nicht an die Beschränkungen des Nießbrauchers hinsichtlich der Substanzveränderungen gebunden ist, während er nach Preußischem, Sächsischem und Französischem Recht den gleichen Beschränkungen unterliegt oben § 168, 17, und daß ihm nach mehreren Landesrechten das Recht der Veräußerung von Mobilien zusteht oben § 168, 26. Dagegen ist die gemeinrechtlich begründete Befreiung von der Cautionspflicht kein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal oben § 168, 12. 33. 34. Ueber den Unterschied zwischen dem elterlichen und dem gewöhnlichen Nießbrauch vgl. Aubry § 550 bis Nr. 1.

Digitized by Google

ein besonderes von dem gemeinen Nießbrauch zu unterscheidendes Institut anzusehen, da diese Abweichungen auf dem Familienrecht beruhen, die mit der Nutznießung nur äußerlich in Verbindung gebracht sind[42].

VII. Nach der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft steht dem Ehemann an dem nicht vorbehaltenen Vermögen der Ehefrau das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs zu[43].

Nur nach Sächsischem Recht sind die für den gemeinen Nießbrauch geltenden Grundsätze dafür für maßgebend erklärt[44], während die übrigen Landesrechte das Rechtsverhältniß selbstständig geregelt haben[45]. Auch hier beruhen die Abweichungen von dem gemeinen Nießbrauchsrecht darauf, daß dem Ehemann ein ausgedehntes Verwaltungsrecht an dem ehefräulichen Vermögen eingeräumt ist[46].

VIII. Nach einzelnen Landesrechten haben die nächsten Präsumtiverben eines für verschollen Erklärten den Nutzgenuß des Vermögens desselben anzusprechen[47].

---

§ 274.

8. Inhalt.

Für den Inhalt des Nießbrauchsrechts gelten folgende Grundsätze:

I. Rechte des Nießbrauchers.

---

[42] Entscheidend ist der Umstand, daß das Verwaltungsrecht des Vaters von seinem Nutzungsrecht unabhängig ist, und ihm auch an solchen Vermögenstheilen zusteht, an denen er ein Verwaltungsrecht nicht hat oben § 167, 22. Steht dem Vater nur die Nutznießung ohne das Recht der Verwaltung zu, so ist die Anwendbarkeit der für das gemeine Nutznießungsrecht geltenden Grundsätze nicht zu bezweifeln oben § 168, 55.

[43] Vgl. oben § 138.

[44] Vgl. oben § 134, 22; § 139, 5. Die für diese Güterordnung von Manchen gewählte Bezeichnung als ususfructus maritalis ist daher nur für die Gestaltung im Sächsischen Recht gerechtfertigt.

[45] Vgl. oben § 138, 139.

[46] Die Unterscheidungsmerkmale sind namentlich das dem Ehemann zustehende selbstständige Verwaltungsrecht und die Veräußerungsbefugniß für bewegliche Sachen des ehefräulichen Vermögens.

[47] Es gilt dieß nach den Rechten von Kurhessen, Hessen-Darmstadt, Nassau, Mecklenburg und dem französischen Recht s. das Nähere oben § 209, 39.

Digitized by Google

1. Ansprüche des Nießbrauchers. Verbrauchbare Sachen gehen in das Eigenthum des Nießbrauchers über, und er hat die freie Disposition darüber, wobei er nur die Verpflichtung hat, bei Beendigung des Nießbrauchs den Werth oder die gleiche Quantität der Sachen zu restituiren[1]. Bei nicht verbrauchbaren Sachen gewährt das Nießbrauchsrecht die Befugniß, den Gegenstand desselben zu gebrauchen[2] und die Früchte zu beziehen[3]; der Berechtigte hat daher Anspruch auf Detention der Sache[4]. In dem Nießbrauchsrecht ist jedenfalls die Befugniß gegeben, die Sache zu gebrauchen, auch wenn sie keine Früchte trägt[5]; es ist damit aber zugleich die Befugniß gegeben, aus dem Gegenstand jeden Nutzen zu ziehen, der mit Erhaltung der Substanz vereinbar ist, also eine Sache, die an sich keine Früchte trägt, durch Vermiethung nutzbar zu machen[6]. Bei fruchttragenden Sachen hat der Nießbraucher Anspruch auf alle Civil- und Naturalfrüchte der Sache[7] und aller ihrer Accessionen[8]. Nach Preußischem Recht

---

[1] l. 2 pr. l. 6. 7 D. 7. 5; Windscheid § 206, 2; Bayr. L.R. II. 9. 10 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 623; Pr. L.R. I. 21. 173; C. c. Art. 587; Oesterreich A.B.G.B. § 510.

[2] l. 12 § 1 l. 42 pr. D. 7. 1; Windscheid § 203, 3. Das Recht erstreckt sich ebenso auf die Zubehörungen der Sache l. 15 § 6 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 605.

[3] l. 14 § 1 D. 7. 8; Windscheid § 203, 4; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 23; Sachsen B.G.B. § 605; Oesterreich A.B.G.B. § 511; C. c. Art. 582.

[4] l. 60 § 1 D. 7. 1; Elvers, Servituten 460; Sachsen B.G.B. § 605; Zachariä § 227, 2; Aubry § 230, 2. Nach Preußischem Recht ist er unvollständiger Besitzer Förster Eccius § 186, 51. Bei Capitalsnutznießung kann jedoch nach Pr. L.R. l. 21. 109 gegen Bestellung einer gehörigen Caution der Eigenthümer das Capital selbst an sich nehmen Förster Eccius § 186, 50.

[5] l. 41 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 433; Windscheid § 203, 3; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 605; Zachariä § 227, 2a.

[6] l. 12 § 2 D. 7. 1; Windscheid § 205, 3. Vgl. unten Note 51.

[7] l. 7 § 1 D. 7. 1, vgl. oben Note 3. Der Nießbrauch ist theilbar und kann daher an einem ideellen Theil der Sache zustehen, entweder mehreren Nutznießern in Gemeinschaft, oder dem Nutznießer in Gemeinschaft mit dem Eigenthümer Windscheid § 205, 6—8; Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 5; Sachsen B.G.B. § 604. A. M. Sintenis, C.R. § 57, 14, der beim Nießbrauch Mitausübung des Eigenthümers für ausgeschlossen hält.

[8] Die Accessionen als solche verbleiben dem Eigenthümer, das Gebrauch- und Nutzungsrecht des Nießbrauchers erstreckt sich jedoch auch auf sie l. 9

Digitized by Google

kann der Nießbrauch auch nach dem Bedürfniß des Nießbrauchers verliehen werden[9], entweder nach dem Bedürfniß nur für seine Person[10] oder seiner Familie[11]. Der Umfang des Bedürfnisses wird nach den zur Zeit der Einräumung vorhandenen Umständen bestimmt[12]. Als natürliche Früchte erscheinen alle organischen Erzeugnisse der Sache[13], der Nutznießer hat daher Anspruch auf die regelmäßigen Erträgnisse ländlicher Grundstücke[14], namentlich die darauf gezogenen Industrialfrüchte[15], die regelmäßige Holznutzung[16], die Ausbeute unterirdischer Produkte soweit sie Theile

§ 4 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 24; Sachsen B.G.B. § 605; C. c. Art. 596.

[9] Pr. L.R. I. 21. 185. Es ist diese Form an die Stelle des gemeinrechtlichen Usus getreten, vgl. unten § 275, 6.

[10] Pr. L.R. I. 19. 26. Hier haben seine Hausgenossen keinen Anspruch auf Theilnahme.

[11] Pr. L.R. I. 19. 17. Hier nehmen auch die in der Folge hinzukommenden Mitglieder Theil. Die Einräumung als Theil einer Besoldung gilt als Einräumung an die Familie Pr. L.R. I. 19. 28; Förster Eccius § 186, 44.

[12] Pr. L.R. I. 19. 24; Förster Eccius § 186, 41.

[13] Vgl. oben § 82, 3. Es gehören dahin sowohl die von selbst wachsenden als die Industrialfrüchte.

[14] l. 9 pr. D. 7. 1; Windscheid § 203, 6.

[15] Elvers, Servituten 481, namentlich Getreide l. 25 § 1 D. 22. 1; Grasertrag und Baumfrüchte l. 13 D. 7. 4.

[16] Ueber den Nießbrauch an Waldungen vgl. Laspeyres, A. f. C.Pr. XIX. 71; Bangerow § 344 Anm. 1. Der Nießbraucher hat daran nur den forstmäßigen Gebrauch, ist aber nicht auf seinen persönlichen Bedarf beschränkt l. 9 § 7 D. 7. 1; Glück, Comm. IX. 205; Elvers, Servituten 482; Erk. Oldenburg 31/12 1847 Sf. III. 9; München 18/11 1881 Sammlung IX. 112; Kreittmayr, Anm. 2d zu L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 32 Förster Eccius § 186, 25; Sachsen B.G.B. § 607; Oesterreich A.B.G.B. § 511; C. c. Art. 590. 591 Aubry § 230, 23. Bei Windbrüchen kann der Nutznießer nach l. 12 pr. D. 7. 1 und C. c. Art. 592 nur seinen Wirthschaftsbedarf entnehmen Glück, Commentar IX. 207, 89; Bangerow § 344. I. 4; nach Pr. L.R. I. 21. 33. 34 und Sachsen B.G.B. § 607 gehört ihm davon nur der Theil der in die ordinäre Forstnutzung fällt. Einzeln stehende Bäume darf der Nutznießer nicht hauen, es steht ihm jedoch die wirthschaftliche Benutzung und das Holz der abgestorbenen Bäume zu l. 11 l. 13 § 4 l. 18 pr. D. 7. 1; Bangerow § 344. I. 4; C. c. Art. 594 Aubry § 230, 31. Nach Pr. L.R. I. 21. 35. 36 hat er die Nutznießung nur an dem Werth der gefällten Bäume Förster Eccius § 186, 27. Nach Sachsen B.G.B. § 608 darf er sie, wenn es wirthschaftlich geboten ist, fällen und sich aneignen; auch gehören ihm abgestorbene Bäume. Zufällig umgerissene Bäume gehören dem Eigenthümer.

Digitized by Google

des Bodens sind [17], die Ergebnisse der Jagd und Fischerei, soweit sie dem Eigenthümer zustehen [18], bei dem Nießbrauch an Thieren die regelmäßigen Produkte derselben [19]. Dem Nießbraucher gehören ferner alle Civilfrüchte der Sache, sowohl diejenigen welche dieselbe zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bereits trägt [20], als diejenigen, welche der Nießbraucher durch Dispositionen über Ausübung des Nießbrauchs erst schafft [21]. Der Nießbraucher erwirbt gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht das Eigenthum der natürlichen Früchte mit der Perception [22], nach Oesterreichischem Recht mit der Separation [23]; die Civilfrüchte werden sein Eigenthum mit der Erhebung [24]. Nach Preußischem Landrecht sind Natural- und Civilfrüchte mit der

[17] l. 9 § 2 D. 7. 1; Schröder, A. f. C.Pr. XLIX. 381; Kreittmayr, Anm. 26 zu Bayr. L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 39; Förster Eccius § 186, 20; Sachsen B.G.B. § 609; C. c. Art. 598. Die im Berggesetz als regal erklärten Mineralien sind nicht Theile des Bodens, und der Nutznießer als solcher hat darauf so wenig Anspruch als der Eigenthümer des Bodens. Der im Boden gefundene Schatz ist nicht Erträgniß; der dem Grundeigenthümer gebührende Antheil verbleibt diesem, der Nutznießer hat keinen Anspruch darauf l. 7 § 12 D. 24. 3; Glück, Comment. IX. 209, 100; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 6; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 41; Oesterreich A.B.G.B. § 511; C. c. Art. 598; Sachsen B.G.B. § 606. Eine Ausnahme macht Sachsen B.G.B. § 634 bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen.

[18] l. 9 § 5 D. 7. 1; Kreittmayr, Anm. 8 c zu Bayr. L.R. II. 3. 3 und Anm. 2 c zu Bayr. L.R. II. 9. 4; Lang, Sachenrecht § 88, 24.

[19] l. 12 § 2 D. 7. 8; l. 28 pr. D. 22. 1; Elvers, Servituten 486. Die geworfenen Jungen gehören bei Nießbrauch an einzelnen Thieren dem Nießbraucher l. 68 § 1. 2, l. 29 D. 7. 1; Elvers, Servituten 486; bei Nießbrauch an einer Heerde nur, soweit die Kopfzahl dadurch vermehrt ist l. 70 § 3 D. 7. 1; Windscheid § 203, 11; Pr. L.R. I. 21. 17; C. c. Art. 616.

[20] Es gehören dahin die Erträgnisse von Miethverträgen, in welche der Nießbraucher eintreten muß l. 59 § 1 D. 7. 1; der Canon aus einem Platzrecht Elvers, Servituten 497; die Zinsen belegter Capitalien l. 24 pr. D. 33. 2; Windscheid § 206, 8; Raten einer Leibrente Pr. L.R. I. 21. 42; Sachsen B.G.B. § 630; C. c. Art. 588, nicht aber der Gewinn aus einer Prämienanleihe Förster Eccius § 186, 31.

[21] l. 38. 39 D. 7. 1. Der Preis für Abtretung und Ausübung des Nießbrauchrechts ist Civilfrucht vgl. unten Note 51.

[22] Vgl. oben § 247, 2—4.

[23] Vgl. oben § 247, 5.

[24] Windscheid § 203, 9; Sachsen B.G.B. § 245.

Digitized by Google

Entstehung sein Eigenthum[25]. Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich gemeinrechtlich und nach Oesterreichischem und Französischem Recht auf die bei dem Beginn desselben mit der dienenden Sache noch zusammenhängenden natürlichen Früchte[26]. Gemeinrechtlich und nach Französischem Recht hat der Eigenthümer keinen Anspruch auf Ersatz der Baukosten[27], während ihm ein solcher nach Bayrischem, Württembergischem und Oesterreichischem Recht zusteht[28]; dagegen verbleiben die bei Beendigung des Nießbrauchs noch stehenden Naturalfrüchte dem Eigenthümer, gemeinrechtlich und nach Französischem Recht ohne Ersatz der Baukosten[29], nach Bayrischem, Württembergischem und Oesterreichischem Recht gegen Ersatz derselben[30]. Nach gemeinem Sachsenrecht bleiben bei Beendigung des Nießbrauchs dem Nießbraucher die noch stehenden Industrialfrüchte aus seiner Bestellung[31]. Civilfrüchte werden gemeinrechtlich nach Raten getheilt, wenn sie von Sachen bezogen werden, die täglich Nutzen gewähren[32]; sind sie nur Ersatz natürlicher Früchte, so entscheidet der Zeitpunkt, in welchem die Möglichkeit der Perception gegeben gewesen wäre[33]. Dagegen

---

[25] Pr. L.R. I. 9. 221; Förster Eccius § 186, 39.

[26] l. 27 pr. D. 7. 1; Erk. Berlin 24/2 1868 Sf. XXI. 216; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 6. Das Oesterreichische A.B.G.B. enthält keine ausdrückliche Bestimmung, doch ist Uebereinstimmung desselben mit dem gemeinrechtlichen Grundsatz anzunehmen. Ueber das Preußische und Sächsische Recht vgl. unten Note 38. 39; C. c. Art. 585.

[27] l. 25 § 1 D. 22. 1; Glück, Commentar IX. 198; Erk. Rostock 4/7 1861 Sf. XVI. 274; C. c. Art. 585; Aubry § 229, 8.

[28] Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 6. Oesterreich. A.B.G.B. § 519 und Württemberg. L.R. IV, 5. 5 sprechen diesen Grundsatz nur für die Abrechnung bei Beendigung des Nießbrauchs aus; allein mit Recht sieht Lang, Sachenrecht § 88, 17 darin ein allgemeines Princip, das auf das Verhältniß bei Beginn des Nießbrauchs analog anzuwenden ist.

[29] § 36 Inst. 2. 4; l. 13 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 332; Elvers, Servituten 538, 1; Erk. Rostock 4/7 1861 Sf. XVI. 274; Aubry § 230, 10.

[30] Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 5; Oesterreich A.B.G.B. § 519; Württemberg. L.R. IV. 5. 5; Lang, Sachenrecht § 88, 84.

[31] Ssp. II. 58; Curtius, C.R. § 1038 d.

[32] Glück, Commentar IX. 336; Wächter, Erörterungen I. 75; Arndts § 179 e; Roth, Bayr. C.R. (1) § 159, 31.

[33] Glück, Commentar IX. 336; Wächter, Erörterungen I. 75; Arndts § 179 f.; Roth, Bayr. C.R. (1) § 159, 32.

Digitized by Google

fallen sie, wenn das Recht der Erhebung an einem bestimmten Tag entsteht, demjenigen zu, der an diesem Tag das Recht der Beziehung der Früchte hat[34]. Nach Bayrischem, Oesterreichischem und Französischem Recht werden ausstehende Civilfrüchte immer nach Raten zwischen Eigenthümer und Nutznießer getheilt[35]. Nach Preußischem Landrecht werden zum Behuf der Auseinandersetzung bei Aufhören des Nießbrauchs Landgüter bis zum Ende des Wirthschaftsjahrs das vom ersten Juli an gerechnet wird auf gemeinschaftliche Rechnung des Nießbrauchers und Eigenthümers verwaltet, und Ueberschuß oder Einbuße im Verhältniß der sie treffenden Zeit zwischen Eigenthümer und Nutznießer getheilt[36]. Bei Grundstücken, mit denen keine Landwirthschaft verbunden ist Gerechtigkeiten und ausstehenden Capitalien wird das Jahr vom 1. Juni an gerechnet, und es fallen bei Beendigung des Nießbrauchs bis zum Ablauf des Vierteljahres, in welchem der Nießbrauch endigt, die Nutzungen dem Vermögen des Nießbrauchers zu[37]. Diese Grundsätze erleiden analoge Anwendung auf die Theilung der Nutzungen zwischen Eigenthümer und Nutznießer bei Beginn des Nießbrauchs[38]. Nach Sächsischem Recht hat bei natürlichen Früchten die von selbst wachsen der Nutznießer Anspruch auf diejenigen, die während seines Nießbrauchs von der Sache getrennt sind; bei Industrialfrüchten auf diejenigen, auf welche die Verwendungen in die Zeit seines Nießbrauchs fallen, selbst wenn die Trennung erst nach dieser Zeit eingetreten ist. Fallen

[34] Glück, Commentar IX. 337; Wächter, Erörterungen I. 80; Roth, Bayr. C.R. (1) § 159, 33.

[35] Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 6; II. 9. 7 Nr. 5; Oesterreich A.B.G.B. § 519; C. c. Art. 586; Aubry § 230, 13.

[36] Pr. L.R. I. 21. 151—169; Förster Eccius § 186, 117 f. War das Gut verpachtet, so bildet das Pachtgeld nach Abzug der Abgaben Zinsen und Administrationskosten das Theilungsobjekt Pr. L.R. I. 21. 168.

[37] Pr. L.R. I. 21. 170—172; Förster Eccius § 186, 124.

[38] Pr. L.R. I. 21. 29 bestimmt nur, daß der Nießbraucher auf Früchte und Nutzungen, die bei Beginn des Nießbrauchs bereits abgesondert und Zinsenhebungen und andere Prästationen, die damals schon fällig oder verfessen waren keinen Anspruch haben solle. Bestritten ist, wie es mit den bei Beginn des Nießbrauchs noch nicht separirten Früchten und den noch nicht fälligen Hebungen zu halten sei. Ich halte die analoge Anwendung der für die Theilung bei Beendigung des Nießbrauchs aufgestellten Grundsätze für unbedenklich s. Koch, Anm. 25 zu L.R. I. 21. 29.

Digitized by Google

die Verwendungen nur zum Theil in die Zeit seines Nießbrauchs, so hat er nur in dem Verhältniß, in welchem der Betrag seiner Verwendung zu dem Gesammtbetrag der Verwendung steht, ein Recht auf einen Theil der Früchte. Bürgerliche Früchte, die an Stelle natürlicher Früchte treten, welche einem andern überlassen sind wie Pacht- und Miethzinsen, ferner Zinsen von Capitalien gehören dem Nießbraucher nach Verhältniß der Zeitdauer seines Rechts. Andere bürgerliche Früchte gehören ihm, wenn sie in der Zeit seiner Berechtigung fällig geworden sind[39].

Dem Nießbraucher steht außerdem die Ausübung der mit der Sache verbundenen Rechte zu[40].

2. Dispositionsbefugniß[41]. Der Nießbraucher hat das Recht

a. Aenderungen mit der Sache vorzunehmen, welche mit der bisherigen Bestimmung vereinbar sind[42], und zwar nicht bloß bei Gelegenheit nothwendiger Reparaturen, sondern auch zum Zweck von Verbesserungen oder zu Zwecken der Ausübung seines Rechts[43]. Dagegen darf er einseitig keine Veränderungen vornehmen, welche eine Umgestaltung der ursprünglichen Form bewirken, selbst wenn die Sache dadurch werthvoller und einträglicher würde[44]. Be-

---

[39] Sachsen B.G.B. § 76 und 616. Hiernach hat der Nießbraucher auf die bei Beginn seines Nießbrauchs noch stehenden Industrialfrüchte nur in dem Verhältniß Anspruch, in welchem seine Verwendungen zu dem Gesammtbetrag der Verwendungen stehen.

[40] l. 1 pr. D. 7. 6; Glück, Comment. II. 201, 74; Sintenis, C.R. § 59, 16; Sachsen B.G.B. § 605; C. c. Art. 597 Zachariä § 227, 16. Nach Pr. L.R. I. 21. 45 bleiben die mit der Sache verbundenen Ehrenrechte dem Eigenthümer vorbehalten Förster Eccius § 186, 135.

[41] Vgl. Keil die Dispositionsbefugniß des Usufruktuars A. f. C.Pr. XXXV. 358.

[42] Keil, A. 365; Elvers, Servituten 468. Die Quellen sprechen diesen Satz nicht direkt aus, sondern stellen ihn in einer Anzahl von Anwendungsfällen auf, so Aufführung von Oekonomiegebäuden l. 13 § 6 D. 7. 1; Ausschmückung eines Hauses l. 13 § 7 D. 7. 1; Anlegung eines Steinbruchs auf einem Landgut l. 13 § 4 D. 7. 1.

[43] Glück, Commentar IX. 236; Elvers, Servituten 466. 472.

[44] Keil, A. 392; Glück, Comment. IX. 234; Elvers, Servituten 468; Windscheid § 203, 14. Auch diesen Satz stellen die Quellen nur durch Entscheidung einzelner Anwendungsfälle auf, so Verwandlung eines Lustgartens in einen Nutzgarten l. 13 § 4 D. 7. 1; Verwandlung eines Landguts in ein Bergwerk l. 13 § 5 D. 7. 1; Ausbauen eines Hauses l. 44. 61 D. 7. 1. Mit

Digitized by Google

stritten ist, inwiefern dieß auf den Nießbrauch an Capitalien Anwendung finde. Jenachdem das Verhältniß als verus oder quasi ususfructus angesehen wird, wird das Recht des Nießbrauchers das Capital einzuziehen also den Gegenstand umzugestalten verneint oder bejaht[45]. Die neueren Landesrechte sprechen dem Nießbraucher das Recht das Capital einzuziehen ab[46]. Die Frage, ob eine von dem Nießbraucher vorgenommene Veränderung die ihm gezogenen Schranken nicht überschreite, ist in dem einzelnen Fall nach billigem Ermessen zu entscheiden[47], und der Eigenthümer hat das Recht, die Beseitigung von Veränderungen, die dem nicht entsprechen, zu verlangen[48]. Bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen dagegen liegt die Befugniß der freien Disposition über die Substanz in der Natur des Rechtsverhältnisses[49].

b. Er hat das Recht über den Inhalt des Nießbrauchsrechts

---

der gemeinrechtlichen Bestimmung conform sind unsere Landesrechte Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 25 Förster Eccius § 186, 53; Sachsen B.G.B. § 609. 611; Oesterreich A.B.G.B. § 507. Auch das Französische Recht stimmt damit überein Zachariä § 228, 1; Aubry § 231 Nr. 2.

[45] Ueberwiegend wird jetzt die letztere Meinung befolgt Steinberger Z. f. C.R. XI. 176; Brinz, Pandekten (2) § 194, 10; Sintenis, C.R. § 59, 57; Erk. Celle 14/12 1864 Sf. XIX. 126. 3. Andere unterscheiden, ob der Nießbrauch am Capital oder an den Zinsen gegeben sei, und räumen nur in dem ersteren Fall dem Nießbraucher das Recht der Einziehung ein Windscheid § 206, 9.

[46] Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 9. 3 und Anm. f zu L.R. II. 9. 10; ebenso nach Französischem Recht Zachariä § 225, 1. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 510 hat bei einem Fruchtgenuß an einem bereits anliegenden Capital der Usufruktuar nur die Zinsen zu beziehen. Nach Sachsen B.G.B. § 625. 627 kann, wenn der Nießbrauch an einer Forderung bestellt ist, der Nießbraucher dieselbe einziehen, nicht aber wenn sie nur an den Zinsen bestellt ist. Nießbrauch an Werthpapieren gilt nach B.G.B. § 628 als Nießbrauch an den Zinsen derselben. Nach Pr. L.R. I. 21. 101—109 kann der Nießbraucher die Forderung nur mit Zuziehung des Eigenthümers einziehen. Ich halte deßhalb die Ansicht von Dernburg, Pr. P.R. I. § 285, 3, daß nach Preußischem Recht der usus fructus nominis als verus usus fructus aufzufassen sei für begründet. Dagegen nimmt Förster Eccius § 186, 48 einen eingeschränkten quasi usus fructus an.

[47] l. 1 D. 7. 9; Keil, Archiv 363; Elvers, Servituten 461; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 3.

[48] Vgl. unten Note 111.

[49] Vgl. oben Note 1.

Digitized by Google

zu verfügen, indem er zwar nicht das Recht selbst[50] aber die Ausübung desselben andern überlassen darf[51], in der Art, daß der Erwerber die daraus sich ergebenden Befugnisse aus eignem Recht geltend machen kann[52].

c. Ueber die Sache selbst darf der Nießbraucher nicht verfügen[53]; er kann daher einseitig auch keine dauernden Lasten auflegen[54].

II. Verbindlichkeiten des Nießbrauchers. Der Nießbraucher hat während der Dauer des Nießbrauchs die Sache in dem Stand zu erhalten, in welchem sie bei Beginn des Nießbrauchs sich befand[55], und bei Ausübung des Nießbrauchs mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu verfahren[56]. Er

---

[50] § 3 Inst. 2. 4; Glück, Commentar IX. 170. 171; Windscheid § 202, 5; Bangerow § 344, 3. Gegen die von Manchen aufgestellte Ansicht, daß das Nießbrauchsrecht selbst veräußerlich sei s. Arndts § 179 Anm. 4; Windscheid § 202, 5. Damit stimmen auch unsere Landesrechte überein Kreittmayr, Anm. 29 zu Bayr. L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 110; Oesterreich A.B.G.B. § 507. Sachsen B.G.B. § 600 macht nur für das Baurecht und Kellerrecht eine Ausnahme. Dagegen ist nach C. c. Art. 595 das Recht selbst veräußerlich Zachariä § 227, 18; Aubry § 230, 58.

[51] l. 12 § 2 l. 38. 39 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 217, 25; Windscheid § 205, 3; Sintenis, C.R. § 59, 23; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 7; Pr. L.R. I. 21. 110; Sachsen B.G.B. § 600. Er darf namentlich Grundstücke verpachten l. 9 § 1 D. 19. 2; Erk. Oldenburg 1859 Sf. XIV. 115; C. c. Art. 595 Aubry § 230, 47; den Nießbrauch verpfänden l. 11 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 205, 4; Sachsen B.G.B. § 496; C. c. Art. 2118, und einen Nießbrauch daran bestellen Windscheid § 206, 10.

[52] Windscheid § 205, 4; Erk. R.G. 6/4 1880 Sf. XXXV. 189.

[53] l. 9 Cod. 3. 33; Kreittmayr, Anm. 1 c zu Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 7; Pr. L.R. I. 21. 133.

[54] Pr. L.R. I. 21. 90. Nach Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 4 und Französischem Recht Zachariä § 250, 2 kann er zwar Dienstbarkeiten bestellen aber nur für die Dauer seines Rechts.

[55] Sintenis, C.R. § 59, 27; Pr. L.R. I. 21. 47. 68; Förster Eccius § 168, 61; Oesterreich A.B.G.B. § 513; C. c. Art. 600 Zachariä § 227, 2. Nach Preußischem, Oesterreichischem und Französischem Recht spricht, wenn ein Inventar nicht aufgenommen wurde, die Vermuthung dafür, daß die Uebernahme in gutem Zustand erfolgte unten Note 64.

[56] § 38 Inst. 2. 1; l. 65 pr. D. 7. 1; Windscheid § 203, 11 und § 204, 1; Sintenis, C.R. § 59, 26; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 2; Pr. L.R. I. 21. 89. 140; Förster Eccius § 186, 77; Sachsen B.G.B. § 610. 612; Oesterreich A.B.G.B. § 513; C. c. Art. 601; Zachariä § 228, 1a.

Digitized by Google

hat daher den gewöhnlichen nothwendigen Unterhalt zu bestreiten[57], die laufenden Reparaturen vorzunehmen[58], und da, wo nach der Natur des Objekts regelmäßige Ergänzung erforderlich ist, für diese Sorge zu tragen[59]. Für Beobachtung dieser Verpflichtungen ist er dem Eigenthümer haftbar[60], wobei er zur Erleichterung der Abrechnung bei Beginn des Nießbrauchs ein Inventar errichten kann[61], wozu er nach Bayrischem und Französischem Recht verpflichtet ist[62]. Nach Preußischem, Sächsischem und Oesterreichi-

---

[57] So hat er namentlich fruchttragende Grundstücke in gehörigem Culturstand zu erhalten § 38 Inst. 2. 1; Pr. L.R. I. 21. 68; Förster Eccius § 186, 75, und bei Thieren für die nöthige Ernährung zu sorgen l. 15 § 2 D. 7. 1; Sachsen B.G.B. § 812.

[58] l. 7 § 2 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 254, 16; Sintenis, C.R. § 59, 28; Kreittmayr, Anm. 3b zu L.R. II. 9. 5; Pr. L.R. I. 21. 47; Sachsen B.G.B. § 612; Oesterreich A.B.G.B. § 513; C. c. Art. 605. Dagegen ist er zu Hauptreparaturen nicht verpflichtet l. 7 § 2 D. 7. 1; Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 195; Wolfenbüttel 4/6 1863 Sf. XVII. 270; C. c. Art. 605. 606; Zachariä § 228, 7; Aubry § 231, 11; § 233, 2. Nach Preußischem Landrecht hat der Nutznießer für Hauptreparaturen, die durch sein mäßiges Versehen herbeigeführt sind, keinen Ersatz anzusprechen, dagegen hat er Hauptreparaturen die durch Zufall veranlaßt sind nicht zu tragen Pr. L.R. I. 21. 50. 51. Als Hauptreparaturen sind nach Pr. L.R. I. 21. 52 solche anzusehen, deren Kosten den vierten Theil der Jahresnutzung übersteigen Förster Eccius § 186, 67—71. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 514 hat der Fruchtnießer dem Eigenthümer die Zinsen des für Hauptreparaturen verwendeten Capitals nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung zu vergüten.

[59] Glück, Comment. IX. 255; Sintenis, C.R. § 59, 29: So hat er eine Heerde aus dem Nachwuchs zu ergänzen § 38 Inst. 2. 1; Pr. L.R. I. 21. 69; Sachsen B.G.B. § 612; den Abgang an den Wirthschaftsgeräthen zu ersetzen Pr. L.R. I. 21. 69; bei Waldungen durch wirthschaftliches Nachpflanzen den Bestand zu erhalten § 38 Inst. 2. 1; Sachsen B.G.B. § 612, nicht aber den durch Windbruch entstandenen Schaden zu ersetzen l. 59 pr. D. 7. 1; Kreittmayr, Anm. 3b zu L.R. II. 9. 5.

[60] l. 13 § 2 l. 15 § 3 D. 7. 1; Windscheid § 204, 2; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 3. Der Eigenthümer kann schon während der Dauer des Nießbrauchs auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit klagen unten Note 110.

[61] Gemeinrechtlich besteht diese Verpflichtung nicht, die Errichtung ist nur angerathen l. 1 § 4 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 496; Erk. Celle 25/4 1854 Sf. IX. 137. Erk. München 16/7 1859 Sf. XIII. 105 nimmt auch für das gemeine Recht die Verpflichtung zur Inventarerrichtung an.

[62] Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 7; C. c. Art. 600; Zachariä § 226, 3. 4; Aubry § 229, 7.

Digitized by Google

schem Recht hat jeder der Interessenten das Recht die Errichtung eines Inventars zu verlangen [63], wobei, wenn die Errichtung unterlassen ist, nach Preußischem, Oesterreichischem und Französischem Recht die Vermuthung dafür spricht, daß er die Sachen in brauchbarem Zustand überkommen habe [64]. Der Nießbraucher hat sämmtliche ordentliche Lasten der Sache zu tragen [65], außerordentliche Lasten jedoch nur soweit sie die Gesammtheit der von ihm bezogenen ordentlichen Nutzungen nicht übersteigen [66]. Ebenso hat er die auf die Sache bezüglichen Pro-

---

[63] Pr. L.R. I. 21. 113; Förster Eccius § 186, 102; Oesterreich A.B.G.B. § 518. Nach Sachsen B.G.B. § 632 ist die Verpflichtung nur für den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen begründet.

[64] Pr. L.R. I. 21. 119. 121; Förster Eccius § 186, 103; Oesterreich A.B.G.B. § 518; Zachariä § 226, 5; Aubry § 229, 6.

[65] l. 7 § 2 D. 7. 1; Windscheid § 204, 4; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 5; Pr. L.R. I. 21. 87; Sachsen B.G.B. § 612; Oesterreich A.B.G.B. § 512; C. c. Art. 608. Es gehören dahin Steuern und Abgaben l. 27 § 3 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 258; Aubry § 231, 23; Versicherungsprämien Erk. Lübeck 31/3 1849 Sf. XV. 106; Leistungen aus den auf der Sache liegenden Reallasten Förster Eccius § 186, 87; die auf der Sache haftenden Alimentationsverbindlichkeiten l. 7 § 2 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 259; C. c. Art. 710; Aubry § 232, 9; die Zinsen der auf der Sache haftenden Hypothekschulden Glück, Comment. IX. 259; Pr. L.R. I. 21. 70; Förster Eccius § 186, 79; Sachsen B.G.B. § 612; Oesterreich A.B.G.B. § 512. Nach Preußischem Recht hat der Nießbraucher, wenn der Nießbrauch an einer ganzen Verlassenschaft eingeräumt ist, auch persönliche Schulden des Erblassers zu verzinsen Pr. L.R. I. 21. 75, und hat aufgekündete Capitalien, deren Verzinsung ihm obliegt, vorschußweise zu berichtigen Pr. L.R. I. 21. 21; Förster Eccius § 186, 83. Nach Französischem Recht haftet der Nießbraucher, dessen Recht durch einen Akt unter Lebenden bestellt ist, für die Schulden des Eigenthümers gar nicht Aubry § 232, 2; bei letztwillig bestelltem Nießbrauch an einzelnen Sachen haftet er gar nicht, auch nicht für die darauf eingetragenen Hypothekschulden C. c. Art. 711; Aubry § 232, 4; ist der letztwillig bestellte Nießbrauch an einem ganzen Vermögen oder einem quoten Theil desselben gegeben, so hat er nach einem gesetzlich bestimmten Maßstab zur Schuldenzahlung beizutragen C. c. Art. 712 Aubry § 232, 7.

[66] Glück, Comment. IX. 259, 39; Kreittmayr, Anm. 3g zu Bayr. L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 88; Oesterreich A.B.G.B. § 512. Nach Französischem Recht trägt der Eigenthümer die während des Nutzgenusses neu auferlegten dinglichen Lasten, der Nutznießer muß ihm jedoch die Zinsen vergüten C. c. Art. 609; Zachariä § 228, 16; Aubry § 231, 27.

Digitized by Google

ceſſe zu führen[67], und die zur Unterbrechung der Eigenthumserſitzung eines Dritten dienlichen Handlungen vorzunehmen[68].

2. Der Nießbraucher hat nach Beendigung des Nießbrauchs den Gegenſtand deſſelben an den Eigenthümer zurückzuſtellen und zwar bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen den Werthanſchlag oder die gleiche Quantität[69], bei dem Nießbrauch an abnützbaren Sachen nach der bei der Beſtellung obwaltenden Abſicht entweder den Werthanſchlag oder die gleiche Quantität oder die Sache ſelbſt, wobei in dem letzteren Fall der Eigenthümer die Werthminderung durch wirthſchaftliche Abnützung trägt[70]; in allen anderen Fällen die Sache ſelbſt in dem Zuſtand in welchem er ſie bei Beſtellung des Nießbrauchs erhalten hat[71]. Hat er willkürlich Umgeſtaltungen vorgenommen, die nicht in ſeiner Befugniß lagen, ſo hat er ſie vor Zurückſtellung der Sache zu beſeitigen, oder wo dieß nicht möglich iſt, Schadenserſatz zu leiſten[72]. Bei Verſchlechterungen haftet er weder für den aus der natürlichen Abnützung noch für den durch außerordentliche Unglücksfälle entſtandenen Schaden[73]. Dagegen muß er allen Schaden erſetzen,

[67] Pr. L.R. I. 21. 82—86; Förſter Eccius § 186, 89. Nach Franzöſiſchem Recht hat er nur die auf den Genuß bezüglichen Proceſſe zu führen; Proceſſe die ſich auf das Recht des Eigenthümers beziehen hat er dieſem anzuzeigen C. c. Art. 613; Aubry § 231 Nr. 7.

[68] l. 1 § 7 D. 7. 9; Windſcheid § 204, 3; Sachſen B.G.B. § 612. Nach Preußiſchem Recht kann Erſitzung und Verjährung während der Dauer des Nießbrauchs nicht beginnen, wohl aber läuft ſie fort, wenn ſie bei Eintreten des Nießbrauchs ſchon begonnen hatte Pr. L.R. I. 21. 91—93; Förſter Eccius § 186, 96.

[69] l. 7 D. 7. 5; Seuffert § 170, 2. Nach einer anderen Anſicht ſoll ihm das Wahlrecht nur zuſtehen, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht iſt Bürkel, Beiträge 43; Windſcheid § 206, 3. Der erſteren Anſicht ſchließen ſich an Bayr. L.R. II. 9. 10 Nr. 3 und Kreittmayr, Anm. c dazu; Sachſen B.G.B. § 623; C. c. Art. 587; Aubry § 236, 3. Nach Pr. L.R. I. 21. 173 hat der Nießbraucher nur die gleiche Quantität zu reſtituiren.

[70] l. 9 § 3 D. 7. 9; Elvers, Servituten 594; Windſcheid § 206, 6; Pr. L.R. I. 21. 174. 175; Förſter Eccius § 186, 146; Oeſterreich A.B.G.B. § 513; C. c. Art. 589; Zachariä § 227, 9; dahin gehört namentlich der Nießbrauch an Kleidern Erk. Jena 11/3 1830 Sf. V. 87; Sachſen B.G.B. § 624.

[71] l. 1 pr. D. 7. 9; Windſcheid § 204, 5; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 12; Förſter Eccius § 186, 101; Sachſen B.G.B. § 614.

[72] Elvers, Servituten 477; Pr. L.R. I. 21. 25—27.

[73] l. 7 § 2 l. 59 pr. l. 65 § 1 D. 7. 1; Elvers, Servituten 532; Glück, Commentar IX. 251; Pr. L.R. I. 21. 13. 14.

Digitized by Google

der durch unbefugte Ausübung des Nießbrauchs[74] oder Unterlassung der ihm obliegenden Sorgfalt[75] entstanden ist. Der Nießbraucher kann Ersatz für nothwendige Verwendungen verlangen, welche nicht unter die ihm obliegenden regelmäßigen Reparaturkosten fallen[76]. Hinsichtlich anderer Verwendungen gelten folgende Grundsätze: Gemeinrechtlich kann er für nützliche Verwendungen Ersatz verlangen, und bis zu dessen Leistung die Sache retiniren[77], während er Verwendungen zum Vergnügen nur hinwegnehmen darf, soweit dieß ohne Beschädigung der Sache möglich ist[78]. Nach Sächsischem Recht kann der Nutznießer den Ersatz nützlicher Verwendungen, durch welche der Werth der Sache zur Zeit der Herausgabe erhöht ist, durch Klage oder Einrede geltend machen; für unverhältnißmäßige nützliche sowie für willkürliche Verwendungen hat er nur ein Recht der Hinwegnahme[79]. Nach Preußischem Landrecht hat der Nutznießer Anspruch auf Ersatz von Verbesserungen nur wenn der Eigenthümer die Vornahme schriftlich genehmigt hat, oder wenn sie auf Grund landesgesetzlicher Vorschrift oder obrigkeitlicher Anordnung vorgenommen sind; außerdem hat er nur das Recht der Hinwegnahme[80]. Nach Oesterreichischem Recht kann der Fruchtnießer zurücknehmen, was er ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung fortdauernder

---

[74] l. 1 § 3 D. 7. 9; Windscheid § 204, 2; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 614; Pr. L.R. I. 21. 132.

[75] l. 65 pr. D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 252; Windscheid § 204, 3; Sachsen B.G.B. § 614; Pr. L.R. I. 21. 132.

[76] Vgl. oben Note 58; Elvers, Servituten 538. Nach Pr. L.R. I. 21. 49 ist der Ersatzanspruch davon abhängig, ob sich der Eigenthümer vertragsmäßig dazu verpflichtet hat.

[77] l. 7 Cod. 3. 33; Elvers, Servituten 538; Erk. Oldenburg 30/10 1843 Sf. I. 15; Darmstadt 8/10 1862 Sf. XVII. 2. Dieß gilt auch nach Bayrischem Landrecht. Zwar soll nach Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 4 der Nutznießer die Ersatzansprüche des bonae fidei possessor geltend machen, und dieser hat nach Bayr L.R. II. 2. 10 Nr. 7 ein Retentionsrecht nur für nothwendige nicht für nützliche Verwendungen; allein das letztere findet keine Anwendung auf den Nutznießer, der auch nach Bayrischem Landrecht ein Retentionsrecht für nützliche Verwendungen hat Kreittmayr, Anm. 12 zu Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; Erk. München 29/1 1877 Sammlg. VI. 224.

[78] Elvers, Servituten 538; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7.

[79] Sachsen B.G.B. § 616 vgl. mit § 316. 318.

[80] Pr. L.R. I. 21. 125—127; Förster Eccius § 186, 105.

Digitized by Google

Nutzungen verwendet hat; eine Vergütung der aus der Verbesserung noch bestehenden Nutzungen aber kann er nur fordern, insoweit sie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtigt ist[81]. Nach Französischem Recht hat der Nutznießer für gemachte Verbesserungen keinen Ersatz zu fordern, darf sie aber, insoferne es ohne Benachtheiligung der Sache geschehen kann, hinwegnehmen[82].

3. Der Nutznießer hat gemeinrechtlich und nach Sächsischem und Französischem Recht, soweit nicht gesetzlich für den einzelnen Fall eine Ausnahme gemacht ist, auf Verlangen des Eigenthümers für Erfüllung seiner Verpflichtungen Caution zu leisten[83]. Gesetzlich befreit ist der Nießbraucher dem nach einer bestimmten Zeit das Eigenthum der Sache zufällt[84], der Schenkgeber der sich das Eigenthum der Sache vorbehält[85], der Ehemann für den Nießbrauch an dem ehefräulichen Vermögen[86], die Eltern für den gesetzlichen Nießbrauch an den Kindergütern[87], und gemeinrechtlich

---

[81] Oesterreich A.B.G.B. § 517.

[82] C. c. Art. 599; Zachariä § 231, 3. Von andern wird ihm auch das Recht der Hinwegnahme bestritten, so daß die Verbesserungen ausnahmslos dem Eigenthümer verbleiben s. darüber Zachariä § 231, 4; Aubry § 204, 23.

[83] l. 4 Cod. 3. 33; l. 13 pr. D. 7. 1; Windscheid § 204, 6; Bayr. L.R. II. 9. 6; II. 9. 10 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 617—622. 636; C. c. Art. 601—604; Aubry § 229 Nr. 2.

[84] l. 9 § 2 D. 7. 9; Windscheid § 204, 8; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 619. Das Französische Recht hat diese Ausnahme nicht gemacht.

[85] Glück, Commentar IX. 484; Windscheid § 204, 8; Erk. Celle 21/9 1875 Sf. XXXI. 207; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 619; C. c. Art. 601; Aubry § 229, 22.

[86] l. 2 Cod. 5. 20; Windscheid § 204, 8; Roth, D. P.R. § 138, 8; C. c. Art. 1550; Zachariä § 226, 15.

[87] l. 6 § 2 l. 8 § 4 Cod. 6. 61; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 1814; C. c. Art. 601; Aubry § 229, 24. Gemeinrechtlich galt diese Befreiung nur für den väterlichen Nießbrauch an den Adventitien l. 8 § 4 Cod. 6. 61 und an dem Ehegewinn bei Eingehung einer zweiten Ehe l. 6 § 1 Cod. 5. 9, daher nicht für die Mutter Erk. Jena 12/8 1875 Sf. XXXII. 22, nach mehreren Statuten ist dieß indeß auf den elterlichen Beisitz ausgedehnt vgl. oben § 162, 30 und Roth, Bayr. C.R. (1) § 158, 50. Nach Französischem Recht gilt die Cautionsbefreiung nur für die gesetzliche Nutznießung an dem Ehevermögen C. c. Art. 384 aber nicht für die bei Concurrenz mit Geschwistern nach C. c. Art. 754 eintretende und die durch Vertrag oder Testament am Kindervermögen begründete Nutznießung Aubry

Digitized by Google

der Fiskus[88]. Die Cautionsleistung kann dem Nießbraucher auch durch Verzichtleistung von Seite des Eigenthümers erlassen werden[89], und zwar nach dem jetzt geltenden Recht auch bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch[90]. Gesetzliche oder vertragsmäßige Befreiung von Cautionsleistung schließt jedoch das Verlangen einer solchen bei Gefährdung des Eigenthümers durch Mißbrauch des Nießbrauchs nicht aus[91]. Wo die Cautionsstellung erforderlich ist, kann der Eigenthümer vor Leistung der Caution zur Ausantwortung der Sache nicht angehalten werden[92], und er kann die ohne Caution ausgeantwortete Sache zurückverlangen[93]; auch steht ihm ein Klagerecht auf Cautions-

---

§ 229, 24. 25; Zachariä § 226, 13. Nach Bayrischem und Württembergischem Recht gilt die Cautionsbefreiung nur insoferne die Eltern keinen Grundbesitz haben Roth, Bayr. C.R. (1) § 159, 97; Lang, Sachenrecht § 88, 63.

[88] l. 1. § 18 D. 36. 3; Arndts § 180 Anm. 4; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2. In Württemberg ist diese Ausnahme beseitigt Lang, Sachenrecht § 88, 69; dem Sächsischen und Französischen Recht ist sie nicht bekannt.

[89] l. 46 D. 2. 14; Glück, Commentar IX. 479; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 617; C. c. Art. 601; Zachariä § 226, 12; Aubry § 229, 27.

[90] l. 7 Cod. 6. 54 ist Erlaß der Caution bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch allgemein untersagt. Von Manchen wird diese Bestimmung noch jetzt für anwendbar gehalten Glück, Commentar IX. 476; Elvers, Servituten 555; Windscheid § 204, 9; Brinz, Pandekten (2) § 193, 11; Sintenis, C.R. § 59, 39; Lang, Sachenrecht § 88, 71; Erk. Jena 9/4 1840 Sf. IV. 206; Celle 25/4 1854 Sf. IX. 137; 5/10 1864 Sf. XIX. 126; 14/12 1864 Sf. XIX. 174; Wolfenbüttel 8/1 1869 Sf. XXIII. 281; Lübeck 26/11 1870 Sf. XXV. 144; 29/10 1872 Sf. XXX. 82. Von andern wird die jetzige Anwendbarkeit in Abrede gestellt Seuffert, Pandekten § 169, 20; Arndts § 180 Anm. 2. Dieser letzteren Ansicht schließen sich an Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 9. 6; Sachsen B.G.B. § 617 und die Französische Jurisprudenz Zachariä § 226, 12. Bei Erbverträgen hält den Erlaß allgemein für zulässig Erk. Celle 24/10 1874 Sf. XXX. 122.

[91] Erk. Darmstadt 7/11 1873 Sf. XXIX. 147; Sachsen B.G.B. § 617; Aubry § 229, 29.

[92] l. 13 pr. D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 488; Sintenis, C.R. § 59, 40; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 620. Dieß gilt auch nach Französischem Recht Aubry § 229, 13. In diesem Fall ist der Beginn des Fruchtgenusses von Stellung der Caution abhängig Erk. Berlin Sf. XXI. 216.

[93] l. 12 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 489, 11; Sintenis, C.R. § 59, 41; Kreittmayr, Anm. 1d zu L.R. II. 9. 6. Der Beginn des Fruchtgenusses an den in der Hand des Usufruktuars befindlichen Sachen ist von Stellung

Digitized by Google

leistung zu[94]. Die Caution geht auf Erfüllung aller Verbindlichkeiten des Nutznießers, namentlich hinsichtlich des ordnungsmäßigen Gebrauchs und der Rückgabe[95]; sie ist gemeinrechtlich[96] und nach Französischem Recht[97] durch Bürgen zu stellen, ist dieß nicht ausführbar, so hat gemeinrechtlich der Richter zu bestimmen, ob eine andere und welche Cautionsleistung zuläßig sei[98]; nach Französischem Recht kann in diesem Fall die Cautionsleistung durch Faustpfand geschehen[99]. Nach Sächsischem Recht kann die Sicherheit nach Wahl des Verpflichteten durch Hinterlegung einer Geldsumme Uebergabe eines Faustpfandes oder Bestellung einer Hypothek, in Ermanglung dieser Sicherheitsmittel durch Bürgschaftsbestellung geschehen[100]. Ist die Leistung einer Caution nicht möglich, so kann Sequestration und Verpachtung der Sache für den Nutznießer verfügt werden[101]. Nach Preußischem Landrecht[102]

---

der Caution nicht abhängig Erk. Darmstadt 18/9 1866 Sf. XXII. 218. Daher ist auch der Usufruktuar die vor der Cautionsleistung gezogenen Früchte zurückzugeben nicht verpflichtet Erk. Berlin 24/3 1868 Sf. XXI. 216.

[94] l. 7 pr. D. 7. 9; Glück, Comment. IX. 489, 11; Windscheid § 204, 7; Sachsen B.G.B. § 620; Aubry § 229, 14.

[95] l. 1 § 3 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 471; Windscheid § 204, 5; Bayr. L.R. II. 9. 6; Sachsen B.G.B. § 617; C. c. Art. 601. Bei dem Quasiususfruktus geht sie auf Rückgabe der gleichen Quantität oder des Werths derselben oben Note 69.

[96] l. 13 pr. D. 7. 1; l. 5 § 1 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 491, 18; Elvers, Servituten 567; Windscheid § 204, 6. Kreittmayr, Anm. 1 b zu L.R. II. 9. 6 stellt die Pfandbestellung der Bürgschaft gleich.

[97] C. c. Art. 601; Zachariä § 226, 9.

[98] Glück, Commentar IX. 492; Elvers, Servituten 567; Erk. Lübeck 31/8 1849 Sf. XV. 109; Rostock 17/9 1866 Sf. XXIV. 301; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 6.

[99] C. c. Art. 2041; Zachariä § 226, 10. Gegen die Annahme, daß die Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung erfolgen könne s. Zachariä § 226, 10; Aubry § 229, 16.

[100] Sachsen B.G.B. § 622 und 136.

[101] Glück, Comment. IX. 492, 20; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 4. 5; Sachsen B.G.B. § 622; C. c. Art. 602. Nach C. c. Art. 603 kann auf Verlangen des Eigenthümers Verkauf der Fahrnißstücke und verzinsliche Anlegung des Erlöses verfügt werden Aubry § 229, 18.

[102] Nach Pr. L.R. I. 21. 20. 103. 108 ist der Nutznießer zur Sicherheitsleistung nur verbunden bei eigenmächtiger Verfügung über Capitalien, wenn er für die Sicherheit solcher Capitalien haftet, und wenn Mißbrauch oder Vernachläßigung von seiner Seite zu besorgen ist. Auch nach Preußi-

Digitized by Google

und Oesterreichischem Recht[103] ist der Nutznießer nur in Ausnahmsfällen zur Sicherheitsleistung verpflichtet.

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer ist durch das Recht des Nießbrauchers insoweit beschränkt, daß er einseitig keine Verfügungen vornehmen darf, welche das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigen würden[104]. Er ist daher verbunden, dem Nießbraucher die Benützung der Sache zu gestatten[105], und darf einseitig keine Veränderungen an der Sache vornehmen[106]. Unter Vorbehalt der Rechte des Nießbrauchers kann er jedoch Verfügungen treffen, namentlich die Sache veräußern[107], verpfänden[108], und mit anderen den Nießbrauch nicht beeinträchtigenden dinglichen Lasten beschweren[109]. Der Eigenthümer kann schon während der Dauer des Nießbrauchs die zur Erhaltung seines Eigenthums erforderlichen Veranstaltungen treffen, namentlich Beseitigung willkürlicher Veränderungen und Entschädigung wegen ordnungswidrigen Gebrauchs verlangen[110], sowie bei fortwährendem Mißbrauch Zurückgabe der Sache beantragen[111].

---

schem Recht kann der Eigenthümer bei unwirthschaftlicher Behandlung der Sache von Seiten des Nutznießers auf Sequestration antragen Pr. L.R. I. 21. 140—148; Förster Eccius § 186, 129.

[103] Oesterreich A.B.G.B. § 520.

[104] l. 7 § 2; l. 13 § 7 D. 7. 1; Pr. L.R. I. 21. 72. 99; C. c. Art. 599. In Verbindung mit dem Nießbraucher ist er zu allen Dispositionen befugt. Nach l. 16 D. 7. 1 darf er Dienstbarkeiten, die den Nießbrauch beeinträchtigen, nicht einmal mit Einwilligung des Nießbrauchers auflegen, was aber von den meisten für nicht mehr praktisch gehalten wird Elvers, Servituten 258; Windscheid § 203, 18; Sintenis, C.R. § 59, 45; Kreittmayr, Anm. 26 zu L.R. II. 7. 4. Für noch praktisch halten dieses Verbot Glück, Comment. IX. 50 und Vangerow § 338 Anm. 2. 3. Nach Sachsen B.G.B. § 569 ist Einwilligung des Nießbrauchers zu Bestellung einer Dienstbarkeit nur erforderlich, wenn der Nießbrauch in das Grundbuch eingetragen ist.

[105] l. 15 § 6 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 1.

[106] l. 7 § 1 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 261; Erk. Darmstadt 24/6 1873 Sf. XXIX. 48; Pr. L.R. I. 21. 99. 100; Oesterreich A.B.G.B. § 516; Zachariä § 229, 2; Aubry § 233, 3.

[107] Glück, Comment. IX. 260, 40; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 2; C. c. Art. 621.

[108] l. 2 Cod. 3. 33; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 2; Aubry § 234, 8.

[109] l. 15 § 7 l. 16 D. 7. 1; Windscheid § 203, 17.

[110] Windscheid § 204, 5; Erk. Celle 14/3 1862 Sf. X. 234; Sachsen B.G.B. § 163; Pr. L.R. I. 21. 28; Aubry § 233, 11.

[111] l. 1 § 5 D. 7. 9; Windscheid § 204, 5a; Pr. L.R. I. 21. 140. Ueber

Digitized by Google

§ 275.

II. Das Gebrauchsrecht [1].

Das römische Recht unterscheidet von dem Nießbrauch das Gebrauchsrecht (usus) [2], über dessen Inhalt die Meinungen getheilt sind. Die ältere Ansicht nahm an, das Gebrauchsrecht unterscheide sich vom Nießbrauch nur quantitativ, indem bei dem Gebrauchsrecht die Berechtigung die gleiche wie beim Nießbrauch und nur auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkt sei [3]. Nach der anderen Ansicht gewährt das Gebrauchsrecht nur das Recht des Gebrauchs, und nur in Ausnahmsfällen mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und die muthmaßliche Willensmeinung des Verleihers das Recht des Fruchtgenusses für den eigenen Bedarf [4]. Eine dritte Meinung endlich sieht den Unterschied in dem Fruchterwerb [5]. Unsere Landesrechte entscheiden sich alle für die erste der oben angeführten Meinungen [6]. Auf das Gebrauchsrecht werden die für den Nießbrauch geltenden Grund-

---

die Frage, ob der Nießbrauch der Sache dadurch verloren gehe vgl. oben § 269, 66 f.

[1] Vgl. Scheurl de usus et fructus discrimine 1846; Bechmann, über den Inhalt des usus 1861; Glück, Commentar IX. 430; Windscheid § 207; Sintenis, C.R. § 60; Zachariä § 232.

[2] Das Institut ist so gut wie ganz aus dem Rechtsleben verschwunden, wie dieß schon Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 9. 11 constatirt. Mit Recht ist es daher im Preußischen Landrecht beseitigt, während es im Sächsischen, Oesterreichischen und Französischen Recht formell erhalten ist.

[3] S. die bei Scheurl p. 5. 10—12 Angeführten. Puchta, Pandekten § 180 sucht den Unterschied darin, daß der Usuar in dem Benutzungsrecht auf sein unmittelbares Bedürfniß beschränkt sei, und das Recht des Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen Dritten nicht habe.

[4] Windscheid § 207, 3—6; Arndts § 182, 2.

[5] Nach Bechmann usus § 62 gewährt der usus nicht Eigenthum an den Früchten, sondern nur das Recht der Verzehrung Scheurl in Z. f. G.R.W. XV. 34 und Elvers, Servituten 603 lassen dem Usuar die Beziehung nur derjenigen Früchte, welche sofort während der Dauer des Usus verbraucht werden.

[6] Bayr. L.R. II. 9. 11; Sachsen B.G.B. § 637; Oesterreich A.B.G.B. § 504; C. c. Art. 630. Das Pr. L.R. I. 21. 185 führt daher nicht ein besonderes Gebrauchsrecht auf, sondern nennt den Usus Nießbrauch nach dem Bedürfniß.

Digitized by Google

sätze analog angewendet[7]. Der Usuar hat daher Anspruch auf Detention der Sache[8], auf den Gebrauch derselben[9], und auf Beziehung des Theils der natürlichen Früchte der seinem persönlichen Bedürfniß entspricht[10]. Dagegen hat er im Verhältniß seines Fruchtbezugs zum Unterhalt der Sache und zur Tragung der Lasten zu concurriren[11]. Der Usuar hat die Verpflichtung nach beendetem Gebrauchsrecht die Sache in dem Stand zu restituiren, in dem er sie erhalten hat[12], weßhalb er auch Caution leisten muß[13]. Der Eigenthümer unterliegt dem Usuar gegenüber denselben Beschränkungen, wie sie dem Usufruktuar gegenüber gegeben sind[14]. Nur darin unterscheidet sich das Gebrauchsrecht vom Nießbrauch, daß es untheilbar[15] und daß seine Ausübung nicht übertragbar ist[16].

---

[7] l. 18. 22 § 2. 23 D. 7. 8; Arndts § 182. i.

[8] Puchta, Pandekten § 180 h; Seuffert, Pandekten § 171, 2.

[9] l. 2 pr. D. 7. 8; Windscheid § 207, 1; Sachsen B.G.B. § 637.

[10] l. 12 pr. l. 22 pr. D. 7. 8; Seuffert, Pandekten § 151, 5; Bayr. L.R. II. 9. 11 Nr. 2; Sachsen B.G.B. § 637; Oesterreich A.B.G.B. § 505; C. c. Art. 630. Es ergibt sich daraus von selbst, daß er die Früchte nicht veräußern darf Dernburg, Pr. P.R. I. § 288, 5. Dieß gilt auch nach Französischem Recht Zachariä § 232, 9. A. M. Aubry § 237, 11. 12.

[11] l. 18 D. 7. 8; Elvers, Servituten 723; Glück, Commentar IX. 453; Kreittmayr, Anm. e zu L.R. II. 9. 11; Sachsen B.G.B. § 640; Oesterreich A.B.G.B. § 508; C. c. Art. 635.

[12] Puchta, Pandekten § 180 m.

[13] l. 5 § 1 D. 7. 9; Elvers, Servituten 621; Windscheid § 207, 9; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 9. 11; C. c. Art. 626. Nach Sachsen B.G.B. § 640 und nach Oesterreichischem Recht ist er von Cautionsleistung befreit.

[14] l. 15 § 1 D. 7. 8; Glück, Commentar IX. 452, 22.

[15] l. 19 D. 7. 8; Windscheid § 207, 12; Kreittmayr, Anm. f zu L.R. II. 9. 11.

[16] § 1 Inst. 2. 5; Windscheid § 207, 2; Sachsen B.G.B. § 643; Oesterreich A.B.G.B. § 507; C. c. Art. 631. Das Gleiche gilt nach Pr. L.R. I. 19. 22; Förster Eccius § 185, 48. Nach Bayr. L.R. II. 9. 11 Nr. 5 ist Ueberlassung der Ausübung an andere dann zuläßig, wenn die Sache nicht anders gebraucht werden kann.

Digitized by Google

§ 276.

III. Das Wohnungsrecht [1].

Das römische Recht hat das Wohnungsrecht als besondere Personalservitut ausgebildet. Es ist zwar als eine Art des Usus erklärt [2], dessen Grundsätze im Uebrigen analoge Anwendung finden sollen [3], es unterscheidet sich aber darin, daß es durch Nichtgebrauch nicht untergeht [4], und daß der Berechtigte die Wohnung vermiethen nicht aber unentgeltlich an andere überlassen darf [5]. Gemeinrechtlich wird von den meisten angenommen, daß das Institut in dieser Form bei uns nicht recipirt sei [6], jedenfalls hat es in unseren Landesrechten keine Aufnahme gefunden, diese behandeln das Wohnungsrecht vielmehr nur als Anwendungsfall des Usus [7]. Hiernach wird das Wohnungsrecht seinem Umfang nach durch das Bedürfniß des Berechtigten bestimmt. Ist es nicht ausdrücklich auf die Person des Berechtigten beschränkt, so steht diesem das Wohnungsrecht in den dafür bestimmten Räumen für

---

[1] Thibaud, Abhandlungen 1814. 7—36; Klooß, die Lehre von der habitatio 1838; Elvers, Servituten § 60; Windscheid § 208; Lang, Sachenrecht § 90; Zachariä § 233; Aubry § 237 Nr. 2.

[2] l. 10 D. 7. 8; Elvers, Servituten 626.

[3] l. 5 § 3 D. 7. 9; Windscheid § 208, 2.

[4] l. 10 pr. D. 7. 8; Thibaud, Abhandlungen 20; Glück, Commentar IX. 463; Windscheid § 208, 2.

[5] l. 13 Cod. 3. 33; Thibaud, Abhandlungen 22; Glück, Commentar IX. 160; Windscheid § 208, 1.

[6] Puchta, Pandekten § 179; Arndts § 182, 5; Sintenis, C.R. § 60, 5; Baron § 158 Nr. 4; Heimbach, R.L. IX. 929; Lang, Sachenrecht § 90, 1; Wächter, Pandekten § 156 Beilage II. Für die Anwendbarkeit sprechen sich aus Glück, Commentar IX. 455; Seuffert, Pandekten § 172, 7; Windscheid § 208, 4; Brinz, Pandekten (2) § 195, 25.

[7] Bayr. L.R. II. 9. 12; Sachsen B.G.B. § 637. 638; C. c. Art. 625 f. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 521 ist das Wohnungsrecht Gebrauchsrecht oder Fruchtnießung; letztere wenn dem Berechtigten alle bewohnbaren Theile des Hauses ohne Einschränkung überlassen werden. Das Preußische Landrecht erwähnt das Wohnungsrecht nicht besonders, es ist unter dem Recht zum Gebrauch nach Nothdurft begriffen Koch, Pr. P.R. § 328, 10. Dieß ist Erk. Wolfenbüttel 18/4 1876 Sf. XXXII. 23 auch für das gemeine Recht angenommen.

Digitized by Google

sich und seine Familie zu[8]. Der Berechtigte hat nur das Recht persönlicher Benützung, und darf dasselbe an andere nicht überlassen[9]. Der Berechtigte hat nach Verhältniß seines Nutzungsrechts zum Unterhalt der Sache beizutragen[10], und hat Caution zu leisten[11]. Für den Verlust durch Nichtgebrauch gelten die allgemeinen Grundsätze[12].

Titel III.

Die Grunddienstbarkeiten.

§ 277.

Allgemeines.

Grunddienstbarkeiten sind diejenigen Dienstbarkeiten, die einem Grundstück (praedium serviens) zu Gunsten eines andern Grundstücks (praedium dominans) auferlegt sind[1]. Das berechtigte Subjekt ist der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[2]. Sie haben für dieses die Bedeutung einer Erweiterung

---

[8] Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 9. 12; Sachsen B.G.B. § 639; Oesterreich A.B.G.B. § 521; C. c. Art. 632. 633.

[9] Das nach römischem Recht oben Note 5 begründete Recht der Vermiethung wird gemeinrechtlich und in unseren Landesrechten nicht mehr anerkannt Erk. Celle 3/6 1863 Sf. XX. 236; Wolfenbüttel 18/4 1876 Sf. XXXII. 23; Kreittmayr, Anm. c zu Bayr. L.R. II. 9. 12; Lang, Sachenrecht § 90, 5; Sachsen B.G.B. § 643; Oesterreich A.B.G.B. § 507; C. c. Art. 634.

[10] Glück, Commentar IX. 469, 62; C. c. Art. 635. Nach Sachsen B.G.B. § 640 und Oesterreich A.B.G.B. § 508 ist diese Verpflichtung beschränkt.

[11] l. 5 § 3 D. 7. 9; C. c. Art. 626. Nach Sachsen B.G.B. § 640 und Oesterreich A.B G.B. § 520 besteht diese Verpflichtung nicht.

[12] Gemeinrechtlich ist bei dem Wohnungsrecht Erlöschen durch Nichtgebrauch ausgeschlossen. Dieß ist indessen in mehreren Landesrechten nicht anerkannt Kreittmayr, Anm. b. c zu Bayr. L.R. II. 9. 12; Sachsen B.G.B. § 655; C. c. Art. 625; Lang, Sachenrecht § 90, 4.

[1] § 2 Inst. 2. 3; l. 12 D. 8. 4; l. 20 § 1 D. 41. 1; Bayr. L.R. II. 7. 1 Nr. 5; Pr. L.R. I. 22. 12; Sachsen B.G.B. § 535; Oesterreich A.B.G.B. § 473; C. c. Art. 637.

[2] Elvers, Servituten 95. Eine andere Ansicht will das Grundstück als Rechtssubjekt personificiren Böcking, Pandekten § 57, 10; Seuffert, Pandekten § 161, 2a; Erk. Jena 1/3 1861 Sf. XXIV. 218; s. dagegen Windscheid § 201, 6.

Digitized by Google

des Eigenthums und daher einer Werthserhöhung, für das dienende Grundstück die Bedeutung einer Beschränkung des Eigenthums und daher einer Werthsverminderung[3]. Die Zahl der Grunddienstbarkeiten ist nicht bestimmt[4]. Man unterscheidet die Grunddienstbarkeiten in Haus- und Felddienstbarkeiten (servitutes urbanae, rusticae)[5], ohne daß über die Bedeutung dieser Unterscheidung Uebereinstimmung herrschte[6]. Für die Grunddienstbarkeiten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Grunddienstbarkeiten setzen ein herrschendes und dienendes Grundstück voraus; sie können daher nicht für eine Person als berechtigtes Subjekt bestellt werden[7]. Nach römischem Recht ist

---

[3] l. 5 § 9 D. 39. 1; l. 86 D. 50. 16; Elvers, Servituten 138; Windscheid § 209, 2. 3.

[4] Elvers, Servituten § 15; Windscheid § 210; Erk. Jena 4/1 1825 Sf. X. 16. Einzelne Landesrechte enthalten Beschränkungen. In Bayern ist die Errichtung neuer Forstdienstbarkeiten verboten Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 30; in Württemberg ist die Errichtung neuer Weidegerechtigkeiten verboten und die von Ueberfahrts- und Trepprechten beschränkt Lang, Sachenrecht § 74, 18. In Darmstadt ist durch Ges. 7/5 1849 die Errichtung neuer Weidedienstbarkeiten verboten.

[5] l. 1 D. 8. 1; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 7; Oesterreich A.B.G.B. § 474; C. c. Art. 687. Das Preußische Landrecht hat die Unterscheidung nicht vollständig durchgeführt, indem es L.R. I. 22. 55. 61 die Grundgerechtigkeiten an Gebäuden zusammenstellt, die übrigen aber nicht als ländliche Grundgerechtigkeiten zusammenfaßt Förster Eccius § 185, 23. Das Sächsische B.G.B. hat die Unterscheidung ganz ignorirt. Ueber die Unterscheidung der Grundstücke in praedia urbana und rustica vgl. oben § 75, 19.

[6] Vgl. Windscheid § 210, 2. Nach der einen Ansicht ist bestimmend die Eigenschaft des herrschenden Grundstücks Arndts § 184 Anm. 3; Seuffert, Pandekten § 161, 3; Brinz, Pandekten (2) § 189; Kindervater, Eintheilung der Servituten in Bekker, Jahrb. VI. 119; dieß ist die Stellung von Oesterreich A.B.G.B. § 474 und C. c. Art. 687; nach der andern Ansicht die des dienenden Grundstücks s. die bei Glück, Commentar IX. 22. 59 Citirten; dieß ist die Stellung von Bayr. L.R. II. 8. 1 und Pr. L.R. I. 22. 55. Nach einer dritten Ansicht soll nur der Inhalt der Servitut entscheiden, und es sollen Servitutes urbanae diejenigen sein, die ein Recht auf ein habere enthalten, rusticae die ein Recht zu einem facere geben Vangerow § 339 Anm. II. Der Unterscheidung wird noch jetzt für die erlöschende Verjährung der Servituten Bedeutung beigelegt vgl. oben § 269, 36. Jede praktische Bedeutung sprechen der Unterscheidung ab Elvers, Servituten 384; Zachariä § 248, 1.

[7] Ist der Inhalt einer Grunddienstbarkeit einer Person als berechtigtem Subjekt gewährt, so entsteht eine sog. irreguläre Personalservitut die als Per-

Digitized by Google

überdieß erforderlich, daß die Grundstücke benachbart seien [8]. Wenn dieß auch nicht dahin auszulegen ist, daß das unmittelbare Angrenzen beider Grundstücke als nothwendige Voraussetzung erscheint [9], so erhellt doch aus den Quellen, daß das römische Recht auf die Lage größeres Gewicht legte, als dieß nach unserem jetzigen Recht der Fall ist [10]. Soweit nicht die Natur der Servitut das unmittelbare Angrenzen beider Grundstücke nothwendig macht [11], kommt nach dem jetzt geltenden Recht auf die Lage nichts an [12].

2. Die Grunddienstbarkeit muß dem Berechtigten als Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Vortheil gewähren [13], und dieser Vortheil darf nicht von vorübergehender Natur sein [14]. Als

---

sonalservitut zu beurtheilen ist vgl. oben § 271, 5. Bei Grunddienstbarkeiten, die einer Gemeinde bestellt sind, wird von Manchen die Gemeindemarkung als herrschendes Grundstück fingirt Erk. Jena 21/1 1851 Sf. XXI. 95; Darmstadt 21/3 1871 Sf. XXVI. 41. Eine andere Ansicht geht dahin, es gebe nach Deutschem Recht Grunddienstbarkeiten ohne herrschendes Grundstück vgl. oben § 271, 5.

[8] l. 5 § 1 D. 8. 3.

[9] Windscheid § 209, 9; Erk. Celle 25/10 1863 Sf. XXI. 210; München 22/6 1874 Sf. XXXI. 15. Die gewöhnliche Meinung geht dahin, das Verhältniß der beiden Grundstücke müsse ein solches sein, daß die Ausübung der Servitut auf dem dienenden Grundstück dem herrschenden ein Interesse gewähre Elvers, Servituten 167; Vangerow § 340 Anm. 1. 2; Windscheid § 209, 9; Förster Eccius § 185, 58.

[10] S. Roth, Bayr. C.R. (1) § 162, 17.

[11] Dieß ist z. B. der Fall bei der Servitus oneris ferendi und tigni immittendi unten § 283, 21 f.

[12] Kreittmayr, Anm. 3c zu L.R. II. 7. 2; Lang, Sachenrecht § 77, 5; Zachariä § 247, 9. Bei den Weide- und Forstdienstbarkeiten kommt die Lage der beiderseitigen Grundstücke überhaupt nicht in Betracht Erk. München 24/10 1854 Bl. XXI. 228.

[13] l. 15 pr. D. 8. 1; Windscheid § 209, 5; Vangerow § 338 Anm. 2. 4; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 7. 2 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 25; Förster Eccius § 185, 37.

[14] l. 28 D. 8. 2; Windscheid § 209, 8; Vangerow § 340, Anm. 1. 3; Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 12. Es ist eine Servitut an einer Cisterne Erk. München 29/12 1879 Sf. XXXV. 188, an einem Wassertrog Erk. Berlin 17/11 1871 Sf. XXVI. 109 und an Grundwasser Erk. München 29/12 1879 Sammlung VIII. 63 zulässig. Gegen das Erforderniß der causa perpetua erklärt sich Schmidt in Bekker, Jahrb. III. 261, 28; s. dagegen Windscheid § 209, 8. Für das Preußische Recht wird das Erforderniß nicht anerkannt Förster Eccius § 185, 42; Dernburg, Pr. P.R. I. § 292, 6; ebensowenig für das französische Recht Aubry § 247, 14.

Digitized by Google

Vortheil erscheint aber nicht nur was die Nutzbarkeit des Grundstücks erhöht, sondern auch was nur zur Annehmlichkeit dient [15].

3. Die Grunddienstbarkeit kann bestimmt oder unbestimmt sein. Bei unbestimmten Dienstbarkeiten entscheidet über den Umfang das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks [16], und es darf daher die Ausübung der Servitut nicht zum Vortheil Dritter geschehen [17].

4. Der Berechtigte kann alle Handlungen vornehmen, die zur Ausübung seiner Servitut erforderlich sind [18], namentlich kann er alle nothwendigen Veranstaltungen auf eigene Kosten treffen [19]. Doch ist er verpflichtet, bei Ausübung der Servitut mit schonender

---

[15] l. 3 pr. D. 43. 20; Windscheid § 209, 6; Arndts § 183 Nr. 1; Erk. Dresden 29/6 1863 Sf. XVII. 212; Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 1 Sachsen B.G.B. § 521. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster Eccius § 185, 39 und nach Französischem Recht Zachariä § 247, 2.

[16] l. 5 § 1 D. 8. 3; Windscheid § 209, 10; Vangerow § 340, Anm. I. 1; Erk. Berlin 20/2 1851 Sf. V. 142. Bei Veränderung der Bewirthschaftung oder Vergrößerung des herrschenden Grundstücks ist nur der ursprüngliche Bedarf maßgebend Elvers, Servituten 212; Erk. Dresden 12/11 1862 Sf. XVII. 215; Cassel 20/3 1866 Sf. XX. 16. Vgl. unten § 281, 15. Servituten, welche dem Berechtigten die ausschließliche nicht auf seinen Bedarf beschränkte Ausbeutung einer Grundfläche gewähren, sind als Personalservituten aufzufassen, vgl. unten § 282, 7. Entscheidend ist das Bedürfniß nur des herrschenden Grundstücks. Andere Grundstücke, welche der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gleichfalls besitzt, kommen nicht in Betracht Erk. R.G. 24/3 1880 Sammlg. I. 121.

[17] l. 6 pr. D. 8. 3; Seuffert, Pandekten § 162, 8; Arndts § 183 Nr. 3; Kreittmayr, Anm. 2c zu L.R. II. 7. 6; Pr. L.R. I. 22. 237; Sachsen B.G.B. § 537.

[18] l. 10 D. 8. 1; Vangerow § 340, Anm. 2. 5; Erk. Lübeck 31/10 1848 Sf. XV. 103; Jena 18/7 1856 Sf. XV. 104; Berlin 3/12 1878 Sf. XXXIV. 280; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 526; C. c. Art. 696 Zachariä § 253, 2.

[19] l. 11 pr. D. 8. 4; Kreittmayr, Anm. 2a zu Bayr. L.R. II. 7. 6; Erk. München 8/4 1863 Sf. XVII. 9; 11/5 1875 Sammlg. V. 239; Dresden 26/10 1860 Sf. XVI. 14; Darmstadt 31/8 1866 Sf. XXI. 214; Sachsen B.G.B. § 525; Pr. L.R. I. 22. 32; Förster Eccius § 187, 74; C. c. Art. 697. Die Herstellung der Vorrichtungen und Instandhaltung liegt regelmäßig dem Berechtigten ob Sachsen B.G.B. § 525; Oesterreich A.B.G.B. § 483; C. c. Art. 698. Doch kann auf Grund besonderer Festsetzung auch eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks begründet sein unten Note 31.

Digitized by Google

Rücksicht zu verfahren (civiliter uti)[20], und den dabei sich ergebenden Schaden zu ersetzen[21]. Die Servitut haftet zwar auf dem ganzen Grundstück, doch ist sie, wenn zur Ausübung derselben nicht das ganze Grundstück erforderlich ist, thunlichst zu beschränken[22]. Nach Preußischem Recht ist eine Grundgerechtigkeit, welche ohne Nachtheil des Berechtigten auf einem bestimmten Theil des belasteten Grundstücks ausgeübt werden kann, auf diesen zu beschränken[23]. Nach französischem Recht kann der Eigenthümer unter bestimmten Voraussetzungen Verlegung der Servitut auf einen anderen Theil des dienenden Grundstücks verlangen[24]. Der Berechtigte kann auch zu Gegenleistungen verpflichtet sein, ohne daß die Natur der Servitut dadurch eine Veränderung erleidet[25].

5. Der Eigenthümer muß zwar alle Verfügungen unterlassen, durch welche die Ausübung der Servitut beeinträchtigt wird[26], aber er darf nicht nur alle Verfügungen treffen, welche diese Ausübung nicht hindern[27], sondern er darf auch soweit die Natur

---

[20] l. 9 D. 8. 1; Windscheid § 209, 11; Arndts § 183 Nr. 4; Kreittmayr, Anm. 2b zu L.R. II. 7. 6; Erk. Wiesbaden 24/7 1863 Sf. XVIII. 16; München 6/6 1874 Sammlg. V. 37; Lübeck 27/3 1877 Sf. XXXIII. 290; Pr. L.R. I. 22. 47. 80. 81; Förster Eccius § 183, 74; Sachsen B.G.B. § 524; C. c. Art. 702; Zachariä § 253, 8.

[21] Erk. Dresden 1851 Sf. VI. 7; 20/10 1860 Sf. XVI. 14; München 16/12 1854 Bl. XX. 366; Pr. L.R. I. 22. 85.

[22] Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 2; Lang, Sachenrecht § 79, 15; Erk. Berlin 1875 Sf. XXXI. 117. Eine Verlegung auf ein anderes Grundstück braucht sich indessen der Berechtigte nicht gefallen zu lassen Erk. Berlin 25/4 1854 Sf. X. 15; Darmstadt 24/8 1875 Sf. XXXI. 118.

[23] Pr. L.R. I. 22. 29; Förster Eccius § 185, 80. Eine Verlegung auf ein anderes Grundstück kann der Verpflichtete nicht verlangen Förster Eccius § 185, 81.

[24] C. c. Art. 701; Zachariä § 254a, 3.

[25] Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109; Stobbe, P.R. § 97, 12; Lang, Sachenrecht § 80, 19; Sachsen B.G.B. § 523. Solche Gegenleistungen finden sich namentlich beim Weiderecht unten § 278, 36 und bei den Forstdienstbarkeiten unten § 281, 10. Solche Gegenleistungen können auch die Natur der Reallasten haben Müller, Reallasten § 1, 33; Sachsen B.G.B. § 531.

[26] l. 13 § 1 D. 8. 3; l. 9 pr. D. 8. 5; Arndts § 183 Nr. 5; Seuffert, Pandekten § 162, 12; Erk. Wolfenbüttel 1841 Sf. XVII. 10; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 5; Württemberg L.R. II. 34. 4; Lang, Sachenrecht § 77, 12; Sachsen B.G.B. § 526; C. c. Art. 701; Aubry § 254, 1; Zachariä § 254a, 1.

[27] l. 15 D. 8. 4; Windscheid § 209, 12. 14; Arndts § 183 Nr. 5; Erk.

Digitized by Google

der Servitut die gleichartige Benützung der dienenden Sache durch den Eigenthümer zuläßt[28], wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist, den Inhalt der Servitut in Concurrenz mit dem Berechtigten ausüben[29], jedoch nur insoferne gleichzeitige Ausübung möglich ist[30]. Zur Instandhaltung des dienenden Grundstücks ist der Eigenthümer nur in Folge besonderer Festsetzung verpflichtet[31].

6. Die Grunddienstbarkeit ist in der Art unzertrennlich mit dem Grundstück verbunden, daß sie ohne dieses nicht veräußert[32] und daß auch die Ausübung nicht von dem herrschenden Grundstück getrennt werden kann[33]. Sie geht daher mit dem veräußerten Grundstück von selbst auf jeden neuen Erwerber über[34].

Jena 23/7 1829 Sf. IV. 14; Lübeck 14/4 1857 Sf. XIV. 210; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 5; Erk. München 28/4 1846 Bl. XVIII. 29; Aubry § 254 Nr. 2.

[28] Es ist dieß nur der Fall bei den Servitutes faciendi Bangerow § 340 Anm. 2. 4; Sintenis, C.R. § 57, 14.

[29] Windscheid § 209, 13; Seuffert, Pandekten § 162, 14. 15; Lang, Sachenrecht § 77, 13; Sachsen B.G.B. § 527; Pr. L.R. I. 22. 36; Oesterreich A.B.G.B. § 483; Aubry § 254, 8. Nach Pr. L.R. I. 22. 36 und Oesterreich A.B.G.B. § 483 hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks in diesem Fall zu den Unterhaltungskosten verhältnißmäßig beizutragen.

[30] Ist gleichzeitige Ausübung nicht möglich, so muß der Eigenthümer zurückstehen Bangerow § 341, Anm. 2. 4; Windscheid § 209, 13; Kreittmayr, Anm. 3c zu L.R. II. 7. 6. Dieß findet namentlich Anwendung beim Weiderecht unten § 278, 40.

[31] Gemeinrechtlich ist dieß nur bei der Servitus oneris ferendi gesetzlich begründet unten § 283, 21, nach Preußischem und Oesterreichischem Recht auch bei der Servitus tigni immittendi unten § 283, 22, und nach Württembergischem Recht, beim Traufrecht unten § 283, 28. Nach Preußischem Landrecht I. 22. 35 hat der Eigenthümer der dienenden Sache, der eine Servitut daran durch Vertrag gegen Entgelt bestellt hat, diese so in Stand zu halten, daß die Servitut ausgeübt werden kann Förster Eccius § 187, 75. Daß eine solche Verpflichtung vertragsmäßig übernommen werden könne, ist jetzt allgemein anerkannt, vgl. oben § 267, 16.

[32] l. 36 D. 8. 3; Windscheid § 209, 1; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 1; Württemberg L.R. II. 34. 1; Lang, Sachenrecht § 77, 2; Sachsen B.G.B. § 536; Oesterreich A.B.G.B. § 485; Zachariä § 253, 7. Dieß nimmt auch für das Preußische Recht an Förster Eccius § 185, 60. A. M. Korte bei Gruchot I. 402 für Landservituten und Dernburg, Pr. P.R. I. § 294, 10 für Gerechtigkeiten die eine bestimmte Fruchtnutzung gewähren.

[33] l. 24 D. 8. 3; l. 44 D. 19. 3; Windscheid § 209, 15; Kreittmayr, Anm. 2c zu L.R. II. 7. 6; Lang, Sachenrecht § 77, 15; Sachsen B.G.B. § 536; Zachariä § 253, 7; Aubry § 247, 15. Die Servitut kann daher nur mit dem Grundstück verpachtet werden l. 44 D. 19. 2; Erk. Dresden 11/12

Digitized by Google

7. Die Grunddienstbarkeiten sind untheilbar, sie können theilweise weder erworben noch verloren werden[35]. Miteigenthümer können eine Grunddienstbarkeit nur gemeinsam auf die gemeinsame Sache auflegen und für dieselbe erwerben[36]. Ein Miteigenthümer kann gemeinrechtlich für ein in seinem Alleineigenthum stehendes Grundstück eine Grunddienstbarkeit an der gemeinsamen Sache nicht erwerben[37], wohl aber bleibt sie ihm erhalten, wenn sie schon vor Entstehung des Miteigenthums begründet war[38]. Nach Sächsischem Recht kann er sie aber auch erwerben[39], und das Gleiche wird nach Preußischem[40] und Französischem Recht[41] angenommen.

1857 Sf. XII. 248; 16/2 1860 Sf. XIV. 12. Dieß ist nach dem Note 32 Gesagten auch für das Preußische Recht anzunehmen.

[34] l. 36 D. 8. 3; l. 20 § 1 D. 43. 1; Vangerow § 340, Anm. 2. 2; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 1; Württemberg L.R. II. 34. 1; Lang, Sachenrecht § 77, 2.

[35] l. 8 l. 17 D. 8. 1; Windscheid § 209, 16. 17; Vangerow § 340, Anm. 2; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 7; Sachsen B.G.B. § 538; Oesterreich A.B.G.B. § 844. Dieß ist auch in der Preußischen Praxis anerkannt Förster Eccius § 185, 67, ebenso nach französischem Recht Zachariä § 247, 4.

[36] l. 2 D. 8. 1; l. 11 l. 32 D. 8. 4; Windscheid § 312, 3. 8; Vangerow § 340, Anm. 2. 1a; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 2; Erk. Celle 5/6 1863 Sf. XXII. 19; Darmstadt 22/9 1868 Sf. XXII. 16; Berlin 15/12 1870 Sf. XXV. 121; München 14/11 1879 Sammlung VIII. 27; Sachsen B.G.B. § 570. Der gleiche Grundsatz gilt nach Preußischem Recht Förster Eccius § 185, 66 und französischem Recht Zachariä § 197, 11. Nach Sachsen B.G.B. § 572 ist die einem einzelnen Miteigenthümer für das gemeinsame Objekt bestellte Servitut sämmtlichen Miteigenthümern erworben. Die von einem einzelnen Miteigenthümer an dem gemeinsamen Objekt bestellte Servitut muß dieser anerkennen, wenn er Alleineigenthümer wird Windscheid § 212, 4; Sachsen B.G.B. § 570.

[37] l. 6 § 3 D. 8. 4; Vangerow § 340, Anm. 2. 1c; Erk. Darmstadt 22/9 1868 Sf. XXII. 216; Berlin 15/12 1870 Sf. XXV. 121; München 12/2 1868 Bl. E.B. I. 415.

[38] l. 8 § 1 D. 8. 1; l. 30 § 1 D. 8. 2; Vangerow § 340, Anm. 2. 1c; Windscheid § 209, 18; s. die Note 37 citirten Erkenntnisse und Erk. Celle 5/6 1863 Sf. XXII. 219.

[39] Sachsen B.G.B. § 571.

[40] Förster Eccius § 185, 33; Dernburg, Pr. P.R. I. § 296, 3. A. M. Gruchot IV. 410, der dieß nach Preußischem Recht nicht für zuläßig hält.

[41] Zachariä § 247, 10.

Digitized by Google

8. Die Eintragung der Grunddienstbarkeiten in das Grundbuch ist nur vereinzelt vorgeschrieben[42].

9. Mehrere Landesrechte haben die Ablösung der Grunddienstbarkeiten geregelt[43].

§ 278.

I. Das Hut- und Weiderecht[1].

Das römische Recht hat nur wenige Bestimmungen über das Weiderecht, woraus sich entnehmen läßt, daß dieser Dienstbarkeit keine große Bedeutung in der römischen Landwirthschaft zukam[2]; dagegen war sie in Deutschland sehr ausgebildet[3], und ist auch in dem jetzt geltenden Recht erhalten, sowie sie auch vielfältig Gegenstand der Gesetzgebung gewesen ist[4]. Das Weiderecht kann

---

[42] S. oben § 268, 1.

[43] Preußen Gem. Th.O. 7/6 1821 und Ergänzungsgesetz 2/3 1850; Dernburg, Pr. P.R. I. § 299, 15; Schleswigholstein 17/8 1876; Lauenburg 17/8 1876; Kurhessen 13/5 1867 und 2/9 1867; Altenburg 23/5 1837; 16/2 1849; Anhalt Separationsgesetz 23/3 1850; Sondershausen 2/4 1854 Ablösung von Servituten.

[1] Vgl. Seuffert, Beitrag zur Lehre vom Weiderecht in Abhandlungen 1—48; Glück, Commentar X. 168; Eichhorn, P.R. § 179. 180; Mittermair, P.R. § 168; Gengler, Lehrbuch 258—268; Stobbe, P.R. § 98; Beseler, P.R. § 193; Roth, Bayr. C.R. (1) § 163; Lang, Sachenrecht § 80; Platner, Sachenrecht § 54 f.; Förster Eccius § 187, 114 f.

[2] Elvers, Servituten 414; Windscheid § 211, 10.

[3] Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht II. 253—260.

[4] Die einzelnen landesrechtlichen Bestimmungen sind: Preußen Pr. L.R. I. 22. 80 f. Culturedikt 14/9 1811; Hannover 8/11 1856 und 8/7 1873 Aufhebung von Weiderechten; Kurhessen 31/3 1830 Behütung der Wiesen mit Schafen; 25/10 1834 Theilung gemeinsamer Viehhuten; Bayern Bayr. L.R. II. 8. 13. 14; Weidegesetz 28/5 1852; Württemberg Ges. 26/3 1872 Ausübung der Weiderechte; Hessen-Darmstadt 7/5 1849 Weideberechtigung; Braunschweig 26/3 1823 Hütungstermin der Wiesen; Sachsen-Weimar Hut- und Triftgesetz 3/4 1821 und 19/5 1826; Anhalt-Dessau 28/11 1819 Bestimmung unbestimmter Triftgerechtigkeiten; Anhalt-Köthen 16/2 1822 Behüten der Futterkräuter; Sondershausen 24/6 1837 Hüten in verschlossenem Winterfeld; 16/11 1848 Beschränkung der Weiderechte; Reuß j. L. 16/8 1853 Behüten abgeernteter Felder; Schaum-

Digitized by Google

auch als Perſonalſervitut vorkommen, indem es als ſog. irreguläre Perſonalſervitut einem Einzelnen oder einer Corporation ohne Beziehung auf ein herrſchendes Grundſtück ertheilt iſt[5]; in der Regel iſt es Grundgerechtigkeit.

Die Weidegerechtigkeit iſt entweder einſeitig oder gegenſeitig (Koppelhut)[6]. Zu der letzteren gehört nicht das Weiderecht, das einer Mehrheit von Berechtigten auf dem Grundſtück eines Dritten zuſteht[7]; ebenſowenig das Recht der Mithut, welches regelmäßig dem Eigenthümer des dienenden Grundſtücks zukommt[8]; als Koppelhut erſcheint vielmehr nur das Verhältniß, bei welchem mehrere Eigenthümer ein gegenſeitiges Weiderecht auf ihren Grundſtücken haben[9], und zwar entweder in der Art, daß eine Gemeinſchaft von Grundeigenthümern das Weiderecht auf einem und demſelben den Grundbeſitz jedes Theilnehmers umfaſſenden Inbegriff von Grundſtücken auszuüben hat, oder in der Art, daß die Gemeinſchaft aus den Mitgliedern einer Gemeinde und die Weidefläche aus den in der Gemeindemarkung liegenden Privat-

---

burg 2/6 1819 Ausübung der Hude; Waldeck 10/10 1845 Beſchränkung der Wieſenhude.

[5] Vgl. oben § 271, 6. Für eine Perſonalſervitut erklärt es in dieſem Fall Kreittmayr, Anm. 1g zu L.R. II. 8. 13. Eine andere Anſicht hält die Weiderechte der Gemeinden auf den Grundſtücken der Gemeindeangehörigen für gewöhnliche Prädialſervituten, deren praedium dominans die Gemeindemarkung ſei, oder für deutſchrechtliche Grundgerechtigkeiten ohne herrſchendes Grundſtück oben § 271, 6.

[6] Mittermaier, P.R. § 169; Stobbe, P.R. § 98, 28.

[7] Man bezeichnet dieſes als jus compascui Eichhorn, P.R. § 179, IV, der Sprachgebrauch iſt aber nicht beſtimmt; ſo bezeichnet Mittermair, P.R. § 169, 2 und Pr. L.R. I. 22. 133 daſſelbe als Koppelhut. Unter dieſen Geſichtspunkt fällt das Recht der Gemeindeglieder zur Ausübung der Weide auf Gemeindegrundſtücken, das man auch als jus compasculationis bezeichnet Eichhorn, P.R. § 179 III; Beſeler, P.R. § 193, 10. Bayr. L.R. II. 8. 14 iſt dieß jus compascui genannt.

[8] Vgl. unten Note 39. Man bezeichnet dieſes als jus compascendi; es iſt aber nicht gerechtfertigt daſſelbe zur Koppelhut zu rechnen Beſeler, P.R. § 193, 11.

[9] Man bezeichnet dieſes als jus compasculationis reciprocum Eichhorn, P.R. § 179. II; Förſter Eccius § 187, 127. Glück, Commentar X. 184 und Mittermair, P.R. § 169, 2 nennen es servitus compascui und Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 14 mutua servitus.

Digitized by Google

grundstücken besteht [10]. Die Koppelhut kann auch als precarium vorkommen [11]; wo sie die Eigenschaft einer Dienstbarkeit hat ist sie darauf begründet, daß jedes der betreffenden Grundstücke zugleich dienendes und herrschendes Grundstück ist [12].

Für das Weiderecht gelten folgende Grundsätze:

I. Inhalt. Der Inhalt des Weiderechts bestimmt sich in folgender Weise:

1. Objekt. Das Weiderecht kann auf allen Aeckern Wiesgründen und nicht kultivirten Plätzen (Oedungen, Haiden) ausgeübt werden. Nach einzelnen Landesrechten sind für die Waldweide besondere Bestimmungen gegeben [13].

2. Zeit. Für die Bestimmung der Zeit, innerhalb deren die Weide geübt werden kann, ist bei nicht cultivirten Gründen nur die vertragsmäßige Festsetzung maßgebend [14]. Die Weide auf Aeckern ist während der Fruktifikation und die auf Wiesen während der Hegezeit verboten, und ist demnach die geschlossene Zeit allgemein zu beobachten [15].

3. Gattung. Ist die Gattung des aufzutreibenden Viehs bestimmt, so kann der Berechtigte nicht willkürlich anderes substituiren [16]. Ist die Gattung nicht bestimmt, so kann gemeinrecht-

---

[10] Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 14; Erk. München 27/2 1846 Bl. XV. 122; 20/4 1852 Bl. XVII. 228; Stuttgart 6/6 1860 Sf. XIV. 63.

[11] Glück, Commentar X. 185; Mittermair, P.R. § 169, 6; Kreittmayr, Anm. 1d zu L.R. II. 8. 14; Pr. L.R. I. 22. 136. Früher nahm man an, daß dafür die Präsumtion streite, es entbehrt dieß jedoch der Begründung Erk. Rostock 16/5 1863 Sf. XVIII. 118 und XXXIII. 6.

[12] Erk. München 11/1 1853 Bl. XXI. 111; Pr. L.R. I. 22. 135. Eine andere Construktion macht Stobbe, P.R. § 98, 29a, indem er annimmt, die einzelnen Aecker würden als Gesammtfläche behandelt, die im getheilten Miteigenthum der einzelnen stünden, und an diesen werde die Servitut ausgeübt.

[13] Platner, Sachenrecht § 57; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 50.

[14] Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 22.

[15] Eichhorn, P.R. § 180h; Mittermair, P.R. § 168, 31; Erk. Jena 20/7 1843 Sf. VI. 157; Pr. L.R. I. 22. 109. Die Hegezeit bestimmt sich nach Herkommen und Lokalstatuten, Gesetzlich geregelt ist sie Bayern, Weidegesetz Art. 2 Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 28.

[16] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 297, 1; Kreittmayr, Anm. 2. b. zu L.R. II. 8. 13. Pr. L.R. I. 22. 101. 102 gestattet dem Berechtigten eine Aenderung nur, wenn er durch Zufall oder höhere Gewalt die bestimmte Gattung zu halten gehindert ist.

Digitized by Google

lich jede Gattung aufgetrieben werden [17], nach Preußischem Landrecht [18] und Oesterreichischem Recht [19] ist sie auf Zug- Rind- und Schafvieh beschränkt.

4. Zahl. Bei bestimmter Zahl darf das Jungvieh mitgetrieben werden [20]. Bei unbestimmter Zahl ist der Berechtigte auf die dem landwirthschaftlichen Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entsprechende Zahl beschränkt [21], wobei namentlich der sog. Durchwinterungsfuß entscheidet, indem der Berechtigte so viel Vieh auftreiben darf als er mit dem auf dem berechtigten Grundstück gewonnenen Futter durchwintern kann [22]. Nach Oesterreichischem Recht wird, wenn die Anzahl des Triebviehs in den letzten dreißig Jahren gewechselt hat, aus dem Trieb der ersten drei Jahre die Mittelzahl genommen [23].

II. Ausübung des Weiderechts. Der Berechtigte hat:

1. nur das Recht der Weide; er darf daher keine andere Art der Benützung des dienenden Grundstücks sich anmaßen, namentlich nicht auf dem Hütungsplatz mähen [24].

2. Bestritten ist, ob der Berechtigte befugt sei, die Ausübung der Weidegerechtigkeit zu verpachten [25], und ob er sie nur mit eignem oder auch mit gepachtetem Vieh ausüben dürfe [26].

---

[17] Mittermair, P.R. § 168, 27; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 1.

[18] Pr. L.R. I. 22. 99. 100.

[19] Oesterreich A.B.G.B. § 499. Ausgeschlossen sind namentlich in waldigen Gegenden Ziegen.

[20] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 298; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 2; Pr. L.R. I. 22. 98; Oesterreich A.B.G.B. § 500.

[21] Erk. München 6/5 1848 Bl. VIII. 128.

[22] Glück, Commentar X. 173; Mittermair, P.R. § 168, 23; Stobbe, P.R. § 98, 10; Erk. Jena 28/6 1838 Sf. VI. 14; Celle 19/12 1862 Sf. XXIV. 15; München 26/2 1867 Sf. XXI. 20; Bayern Weidegesetz Art. 14; Pr. L.R. I. 22. 90; Förster Eccius § 187, 117; Oesterreich A.B.G.B. § 500.

[23] Oesterreich A.B.G.B. § 500.

[24] Mittermair, P.R. § 168, 16: Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 5; Pr. L.R. I. 22. 132; Oesterreich A.B.G.B. § 502.

[25] Dagegen spricht sich aus: Beseler, P.R. § 193, 14; Erk. Dresden 11/12 1857 Sf. XII. 248. Dafür: Erk. Stuttgart 1/4 1840 Sf. III. 147; Bayern Weidegesetz Art. 14. Nach den für Prädialservituten geltenden allgemeinen Grundsätzen erscheint die erstere Ansicht als die richtige vgl. oben § 277, 33.

[26] Für zulässig erklären dieß: Glück, Commentar X. 174; Stobbe, P.R.

Digitized by Google

3. Der Berechtigte darf das Weiderecht nur so ausüben, daß dem dienenden Grundstück kein Schaden erwächst[27]. Er darf daher kein krankes Vieh austreiben[28], hat wo Schaden zu befürchten ist, das Vieh von einem Hirten hüten zu lassen[29], und haftet für den bei Ausübung des Weiderechts entstandenen Schaden[30].

4. Eine besondere Art der Ausübung ist die Schäfereigerechtigkeit, welche die Befugniß enthält, eine Schafheerde mit einem eigenen Hirten zu halten (Stabrecht)[31]. Nach früherem Recht war die Befugniß des Schafhaltens vielfach beschränkt, und theils der Gemeinde[32] theils der Gutsherrschaft oder andern Berechtigten vorbehalten[33], oder aus polizeilichen Gründen von einer Concession abhängig gemacht[34]. Als gutsherrliches Recht hat die Schäfereigerechtigkeit im Preußischen Landrecht weitere Ausbildung erfahren[35]. Sie kann auch jetzt noch von Bedeutung sein, indem sie das Recht der Ausübung der Schafweide auf einem Gutscomplex mit Ausschluß der Mithut des Eigenthümers enthält.

5. Als Gegenleistungen des Berechtigten finden sich das Pferchrecht[36], nämlich die Verbindlichkeit des Weideberechtigten,

---

§ 98, 14; Kreittmayr, Anm. 2a zu L.R. II. 8. 13 Nr. 1; Erk. München 26/2 1867 Sf. XXI. 20; für unzuläßig: Mittermair, P.R. § 168, 21; Beseler, P.R. § 198, 14; Pr. L.R. I. 22. 91; Oesterreich A.B.G.B. § 499.

[27] Pr. L.R. I. 22. 80.

[28] Beseler, P.R. § 193, V; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 87; Oesterreich A.B.G.B. § 499.

[29] Beseler, P.R. § 193, 16; Pr. L.R. I. 22. 83. 84; Oesterreich A.B.G.B. § 502.

[30] Erk. München 16/12 1854 Bl. XX. 366; Pr. L.R. I. 22. 80—85.

[31] Vgl. Scholz, das Schäfereirecht 1837; Buff, das Schäfereirecht 1863; Mittermair, P.R. § 170; Stobbe, P.R. § 98 B; Förster Eccius § 187, 131. In Württemberg ist das Schäfereirecht durch Ges. 26/3 1873 Art. 88 aufgehoben Lang, Sachenrecht § 80, 8.

[32] Erk. Cassel 17/1 1865 Sf. XIX. 116; 31/1 1865 Sf. XIX. 16.

[33] Mittermair, P.R. § 170, 1. 2.

[34] Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 8. 13; Förster Eccius § 187, 142.

[35] Pr. L.R. I. 22. 146—169; Förster Eccius § 187, 131 f.

[36] Mittermair, P.R. § 170. VI.; Beseler, P.R. § 193, 24; Stobbe, P.R. § 98, 25; Förster Eccius § 187, 52; Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109. Das Pferchrecht kann auch unabhängig von dem Weiderecht vorkommen nämlich als Anspruch eines Grundeigenthümers, daß die Inhaber von Schafheerden diese zur Düngergewinnung auf den Grundstücken des Berechtigten

Digitized by Google

die Schafe bei Ausübung des Weiderechts auf dem Grundstück des Verpflichteten einzupferchen [37], und die Verbindlichkeit mit den Schafen auf dem Grundstück des Verpflichteten Mittagsruhe zu halten [38].

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer hat:

1. das Recht der Mithut, insoferne diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist [39]. Reicht der Ertrag der Weide nicht aus, so hat der Eigenthümer zurückzustehen [40].

2. Bestritten ist, in wie weit der Eigenthümer durch die Weidegerechtigkeit an Culturveränderungen gehindert sei. Der Ansicht, welche jede den bisherigen Bestand der Weideberechtigung beeinträchtigende Veränderung für verboten hält [41], steht die andere Ansicht gegenüber, wonach nur solche Handlungen zu unterlassen sind, wodurch die Ausübung der Weidegerechtigkeit ganz beseitigt

---

einpferchen. Dieß wird theils als Reallast aufgefaßt Maurenbrecher, P.R. § 342. II; Erk. Darmstadt 15/9 1858 Sf. XVII. 82; Stuttgart 8/9 1874 Sf. XXXII. 8, theils als Servitut Eichhorn, P.R. § 182g.

[37] Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109 faßt es als Gegenleistung oder Modalität der Ausübung des Weiderechts auf, ebenso Pr. L.R. I. 22. 157; Lang, Sachenrecht § 80, 19. Insofern es Gegenleistung ist, kann es auch die Eigenschaft als Reallast haben Müller, Reallasten § 1, 33 oben § 277, 25. Nur in diesem Sinn ist es in Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109 als Reallast bezeichnet.

[38] Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109.

[39] Glück, Commentar X. 180; Mittermair, P.R. § 138, 12; Beseler, P.R. § 193. II; Erk. München 6/5 1842 Bl. VIII. 156; 8/11 1845 Sf. I. 407; 8/11 1873 Sammlg. IV. 154; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 6; Pr. L.R. I. 22. 89; Oesterreich A.B.G.B. § 502.

[40] Windscheid § 209, 13; Stobbe, P.R. § 98, 24. Damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 6; Kreittmayr, Anm. 3a zu Bayr. L.R. II. 7. 6 und die kurhessische Praxis Platner, Sachenrecht § 56, 3. Eine davon abweichende Meinung will dieß nur für den Fall anerkennen, daß die Stückzahl mit der die Weide ausgeübt werden darf bestimmt ist, während bei unbestimmter Stückzahl Servitutberechtigter und Eigenthümer gleichmäßig zu reduziren haben Glück, Commentar X. 181 f.; Seuffert, Pandekten § 162, 14; Lang, Sachenrecht § 80, 17. Dieß ist Pr. L.R. I. 22. 103. 104 anerkannt Förster Eccius § 187, 124, f. gegen diese Auffassung Bangerow § 340, Anm. 2, 4 und Windscheid § 209, 13, welche mit Recht hervorheben, daß dieselbe dem Wesen der Servitut widerspricht.

[41] Beseler, P.R. § 193, 5; Pfeiffer in Z. f. D.R. XIII. 177; Erk. Wolfenbüttel 1841 Sf. XVII. 10; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 7.

Digitized by Google

oder dauernd vermindert wird[42], welche letztere Ansicht in der neueren Rechtsentwicklung Anerkennung gefunden hat[43].

IV. Durch die Landesgesetzgebung ist die Ausübung der Weidegerechtigkeit vielfach geregelt[44], und die Ablösbarkeit angeordnet[45].

---

§ 279.

II. Die Wegegerechtigkeit[1].

Die Wegegerechtigkeit enthält die auf einem Privatrechtstitel beruhende Befugniß sich eines fremden Grundstücks zur Communikation zu bedienen. Der Privatweg unterscheidet sich vom öffentlichen Weg darin, daß auf den letzteren der einzelne kein selbstständiges Recht hat, andererseits jedermann sich desselben bedienen kann, während der Privatweg nur ein auf einem besonderen Rechtstitel begründetes Recht für einzelne enthält. Die Wegegerechtigkeit, wo sie als Servitut vorkommt, richtet sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts[2]. Für alle Wegegerechtigkeiten

---

[42] Mittermair, P.R. § 168, 17; Stobbe, P.R. § 98, 17; Erk. Darmstadt 8/9 1855 Sf. XII. 128; Cassel 1862 Sf. XV. 203; Rostock 16/5 1863 Sf. XVII. 119; Berlin 14/11 1865 Sf. XXI. 22.

[43] Pr. L.R. I. 20. 80. 81; Förster Eccius § 187, 115; Bayern Weidegesetz Art. 5 Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 59; Württemberg Weidegesetz 26/3 1873 Lang, Sachenrecht § 81.

[44] Vgl. oben Note 4.

[45] Bayern Weidegesetz Art. 6 und 39 Roth, Bayr. C.R. (1) § 163, 60; Württemberg Weidegesetz 16/3 1872 Lang, Sachenrecht § 82; Darmstadt Ges. 7/5 1842; Braunschweig Gemeinheitstheilungs-O. 20/12 1834; Hohenzollern Ges. 12/2 1846; Oldenburg 15/5 1858 und 22/4 1864; Weimar 8/1 1851; Gotha 2/1 1832 und 5/11 1853; Coburg 16/8 1836; Meiningen 9/2 1869; Reuß ä. L. 30/5 1852; Reuß j. L. 23/3 1838; Sondershausen 9/4 1850; Schaumburg 13/5 1874; Detmold 26/9 1843 und 17/1 1850; Waldeck 15/8 1858. Außerdem sind hier die oben § 277, 43 aufgeführten Gesetze über die Ablösbarkeit der Servituten maßgebend.

[1] Elvers, Servituten § 42; Glück, Commentar X. 139; Windscheid § 211, 1; Roth, Bayr. C.R. (1) § 164; Lang, Sachenrecht § 79. In Württemberg ist die Wegegerechtigkeit durch Ges. 26/3 1862 besonders geregelt.

[2] Mittermair, P.R. § 167, 20; Erk. Celle 27/11 1838 Sf. I. 80. Es

Digitized by Google

gilt der Grundsatz, daß für sie nicht willkürlich das ganze Grundstück in Anspruch genommen werden kann, daß vielmehr die einmal bestimmte Richtung von dem Berechtigten eingehalten werden muß[3]. In Ermanglung anderweitiger Festsetzung steht die Wahl dem Berechtigten zu[4]. Die Wegegerechtigkeit ist an sich ungemessen, doch darf sich der Berechtigte derselben nur zum Bedarf des herrschenden Grundstücks bedienen, die Ausübung daher nicht willkürlich andern überlassen[5]. Die Instandhaltung des Weges liegt dem Berechtigten ob, der jedoch Anspruch darauf hat, daß er in den nöthigen Reparaturen nicht gehindert werde[6]. Gemeinrechtlich ist bei Wegegerechtigkeiten, die nicht auf periodische Ausübung beschränkt sind, zum Schutz gegen Störung das Interdictum de itinere actuque privato gegeben[7], welches voraussetzt, daß die Erwerbung nicht fehlerhaft geschehen[8] und die Servitut im letzten Jahr wenigstens dreißigmal ausgeübt worden sei[9].

---

gilt dieß auch nach unseren Landesrechten namentlich dem Preußischen Recht Förster Eccius § 187, 95.

[3] Glück, Commentar X. 166; Seuffert, Pandekten § 165, 7; Lang, Sachenrecht § 79, 14. Ausgesprochen ist dieß für den Fahrweg l. 9 D. 8. 1 Elvers, Servituten 402, dagegen wird es für iter und actus in Abrede gezogen von Elvers, Servituten 401. Allgemein auf alle Wegegerechtigkeiten dehnen es aus Erk. Dresden 29/4 1848 Sf. II. 140; Lübeck 28/4 1849 Sf. VI. 13; München 27/7 1877 Sammlung VI. 299, ebenso die neueren Landesrechte Kreittmayr, Anm. 1g zu Bayr. L.R. II. 8. 11; Pr. L.R. I. 22. 70; Sachsen B.G.B. § 552; Oesterreich A.B.G.B. § 495.

[4] Glück, Comment. X. 164; Elvers, Servituten 408. Nach Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3 und Sachsen B.G.B. § 551 entscheidet der Richter.

[5] Kreittmayr, Anm. 1m zu L.R. II. 8. 11; Erk. Jena 22/6 1877 Sf. XXXIV. 243; München 6/12 1877 Sf. XXXV. 277.

[6] Kreittmayr, Anm. 1. i zu L.R. II. 8. 11. Vgl. oben § 277, 19. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 494 hat auch der Eigenthümer der dienenden Sache insoferne er von dem Wege Gebrauch macht zu der Unterhaltung verhältnißmäßig beizutragen.

[7] l. 1 § 1 D. 43. 19; Windscheid § 164, 3; Arndts § 192 Nr. 2a; Sintenis, C.R. § 65, 22; Lang, Sachenrecht § 79, 19; Erk. Jena 30/6 1826 Sf. IV. 229.

[8] l. 1 pr. § 12 D. 43. 19; Windscheid § 164, 5.

[9] l. 1 pr. § 2 D. 43. 19; Windscheid § 163, 4; Lang, Sachenrecht § 79, 19; Erk. Rostock 15/3 1845 Budde III. 86; Cassel 1860 Sf. XVI. 221; Lübeck 20/3 1853 Sf. XXII. 46; Berlin 17/10 1874 Sf. XXX. 123; Darmstadt Präjudiz Nr. 32. Nach Erk. Jena 22/1 1829 Sf. VI. 291 und Kiel 12/8 1857 Sf. XII. 207 cessirt dieses Erforderniß in summariissimo.

Digitized by Google

Zum Schutz von Wegegerechtigkeiten, die nur periodisch ausgeübt werden können, ist die gewöhnliche Besitzstörungsklage gegeben [10], welches letztere nach unseren neueren Landesrechten bei allen Wegegerechtigkeiten der Fall ist. Die einzelnen Wegegerechtigkeiten sind:

1. Das Recht des Fußsteigs (servitus itineris). Dieses gewährt gemeinrechtlich die Befugniß über das dienende Grundstück zu gehen, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, nicht aber zu fahren [11]; nach Preußischem, Sächsischem und Oesterreichischem Recht ist das Recht des Reitens nicht damit verbunden [12]. Die Breite des Wegs wird im Mangel näherer Festsetzung gemeinrechtlich durch richterliches Ermessen festgesetzt [13], nach Bayrischem, Preußischem und Sächsischem Recht beträgt sie drei Fuß [14].

2. Das Triftrecht (servitus actus) gewährt gemeinrechtlich das Recht des Viehtriebs, womit das Recht mit Wagen zu fahren und zu gehen verbunden ist [15], während nach den neueren Lan-

---

[10] Erk. Lübeck 20/3 1853 Sf. XXII. 46; Berlin 17/10 1874 Sf. XXX. 123.

[11] l. 7 pr. l. 12 pr. D. 8. 3; Elvers, Servituten 388; Glück, Comment. X. 139; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 1. Für unanwendbar nach heutigem Recht hält diese Bestimmung Windscheid § 211, 3. f. dagegen Sintenis, C.R. § 63, 14. Das Tragen von Lasten beim Gehen z. B. Steinkohlen ist zulässig Erk. Lübeck 19/3 1840 Sf. X. 136; 27/3 1877 Sf. XXXIII. 290. Dagegen ist das Recht mit einem Schiebkarren zu fahren damit nicht verbunden Erk. Lübeck 13/4 1830 Sf. V. 5.

[12] Pr. L.R. I. 22. 65: Wer das Recht hat über das Grundstück des Andern zu gehen, darf sich dessen weder zum Reiten noch zum Fahren auch mit einrädrigem Karren bedienen. Sachsen B.G.B. § 548: Das Recht des Fußsteigs umfaßt die Befugniß auf dem Steig zu gehen, und soweit es die Oertlichkeit gestattet, darauf Lasten zu tragen und sich von Menschen tragen zu lassen. Oesterreich A.B.G.B. § 492: das Recht des Fußsteigs begreift das Recht in sich auf diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen. § 493: Dagegen kann ohne besondere Bewilligung das Recht zu gehen nicht auf das Recht zu reiten, oder sich durch Thiere tragen zu lassen — ausgedehnt werden.

[13] l. 13 § 2 D. 8. 3; Elvers, Servituten 389. Dasselbe muß nach Oesterreich A.B.G.B. § 495 angenommen werden.

[14] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 78; Sachsen B.G.B. § 553.

[15] l. 7 D. 8. 3; Elvers, Servituten 389; Glück, Commentar X. 344; Erk. Celle 27/11 1838 Sf. I. 180.

Digitized by Google

desrechten die Dienstbarkeit auf den Viehtrieb beschränkt ist[16]. Das Triftrecht erstreckt sich, wenn nicht besondere Ausnahmen bestimmt sind auf alle Gattungen von Vieh[17]. In dem Triftrecht ist nur das Recht des Durchtriebs gegeben, das Triftvieh darf daher beim Durchtrieb weder weiden noch lagern[18]. Die Breite des Wegs wird gemeinrechtlich in Ermanglung näherer Festsetzung richterlich bestimmt[19], während sie nach Bayrischem Landrecht 8′, nach Preußischem Landrecht in gerader Richtung 16′ in der Biegung 24′ beträgt[20].

3. Die Fahrgerechtigkeit (Servitus viae) enthält gemeinrechtlich alle Benützungsarten, also außer dem Recht zu fahren auch das Recht des Viehtriebs und des Fußsteigs[21]; ferner die Befugniß Steine und Balken über das dienende Grundstück zu schleifen[22]; dagegen ist nach Preußischem[23], Sächsischem[24] und Oesterreichischem Recht[25] mit der Fahrgerechtigkeit das Triftrecht nicht gegeben. Die Breite beträgt, wenn nichts anderes bestimmt ist,

---

[16] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Pr. L.R. I. 22. 68; Sachsen B.G.B. § 550. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 492 ist damit das Recht verbunden, einen Schiebkarren zu gebrauchen.

[17] Glück, Commentar X. 154; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3.

[18] Glück, Commentar X. 169; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Förster Eccius § 187, 109.

[19] Elvers, Servituten 392. Dieß muß auch nach Sächsischem und Oesterreichischem Recht angenommen werden, da hier eine Bestimmung nicht gegeben ist.

[20] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Pr. L.R. I. 22. 79.

[21] l. 1 pr. D. 8. 3; Elvers Servituten 393; Glück, Commentar X. 160. Gegen die Ausdehnung der Fahrgerechtigkeit auf das Triftrecht nach heutigem Recht erklären sich Lang, Sachenrecht § 79, 3; Erk. Dresden 12/2 1850 Sf. IV. 13; 27/11 1862 Sf. XVII. 213; Darmstadt 16/6 1857 Sf. XII. 127; Stuttgart 17/3 1864 Sf. XVIII. 121; Oldenburg 1864 Sf. XXIII. 113; 20/10 1874 Sf. XXXI. 206. Anerkannt ist die Ausdehnung Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3.

[22] l. 7 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 162; Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 11. Gegen diese Ausdehnung Sachsen B.G.B. § 549.

[23] Pr. L.R. I. 22. 67.

[24] Sachsen B.G.B. § 549. Das Recht des Fahrwegs enthält zugleich das Recht des Fußsteigs. Der Berechtigte darf auf dem Fahrweg fahren, reiten und Vieh führen, nicht aber schwere Lasten schleifen oder freigelassenes Vieh treiben.

[25] Oesterreich A.B.G.B. § 493.

Digitized by Google

gemeinrechtlich 8′ in gerader Richtung und 16′ in der Biegung[26], nach Preußischem Recht 8′ in gerader Richtung und 12′ in der Biegung[27], nach Sächsischem Recht acht Fuß[28].

---

§ 280.

III. Wasserlaufdienstbarkeiten[1].

Als Wasserlaufdienstbarkeiten finden sich in unserem Recht folgende ausgebildet:

I. Das Recht dem Wasserablauf auf das unten liegende Grundstück eine andere als die natürliche Richtung zu geben[2], und das Recht zu verlangen, daß der Eigenthümer das auf seinem Eigenthum entspringende Quellwasser und das dort gesammelte Regenwasser, das er für sich zu verbrauchen befugt ist, auf das herrschende Grundstück ablaufen lasse[3].

II. Das Recht der Wasserleitung[4]. Dieses besteht in der Befugniß, fremdes Wasser in ein Grundstück zu leiten. Die Servitut kann sich auf das Wasser eines öffentlichen Flusses oder auf Privatgewässer beziehen. In dem ersten Fall besteht die Servitut in der Befugniß, die Wasserleitung über das dienende Grundstück zu führen[5], da der besondere Gebrauch an öffent-

---

[26] l. 8 D. 8. 3; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3.

[27] Pr. L.R. I. 22. 79.

[28] Sachsen B.G.B. § 553.

[1] Vgl. Endemann, Wasserrecht § 15—18; Roth, Bayr. C.R. (1) § 165; Lang, Sachenrecht § 84.

[2] Vgl. oben § 238, 28—32; Roth, Bayr. C.R. (1) § 125, 15; § 165, 2; Lang, Sachenrecht § 84, 47; Erk. Darmstadt 21/8 1866 Sf. XXI. 214; Berlin 6/4 1872 Sf. XXVII. 94; Bayr. Wassergesetz Art. 37; Erk. München 16/7 1867 Bl. XXXI. 350.

[3] Lang, Sachenrecht § 84, 6; Erk. Cassel 2/5 1840 Sf. I. 5; Stuttgart 26/10 1855 Sf. XXII. 11; Darmstadt 3/7 1869 Sf. XXIII. 207.

[4] Glück, Commentar X. 190; Elvers, Servituten § 43; Windscheid § 211, 6; Lang, Sachenrecht § 84; Zachariä § 226, 4. Das Preußische Landrecht hat keine besonderen Bestimmungen; es finden auf diese Servitut die für die Wegegerechtigkeiten geltenden Grundsätze analoge Anwendung Förster Eccius § 187, 113.

[5] Vgl. unten § 282, 10; Endemann, Wasserrecht § 15, 23.

Digitized by Google

lichen Flüssen von der Genehmigung der öffentlichen Behörden abhängt[6]. Das Recht der Wasserleitung an Privatgewässern kann an einem Privatfluß oder an gebundenen Privatgewässern begründet sein, und enthält dann das dingliche Recht auf den Wasserbezug[7], der bestimmt oder unbestimmt sein kann; in dem letzteren Fall ist der Bezug auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkt und darf ohne Zustimmung des Verpflichteten Dritten nicht abgetreten werden[8]. Ist die Servitut mehreren Berechtigten eingeräumt, so kann ein Vertheilungsverfahren erforderlich sein[9].

1. Das Recht der Wasserleitung besteht in der Befugniß, das Wasser in Röhren auf das berechtigte Grundstück zu leiten[10]. Der Berechtigte hat die Wasserleitung in Stand zu erhalten[11], und demnach auch das Recht alle für die Herstellung und Reparatur erforderlichen Handlungen auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen[12].

---

[6] Endemann, Wasserrecht § 5; Erk. Stuttgart 26/11 1870 Sf. XXV. 9; Bayr. L.R. II. 8. 12 Nr. 5; Bayr. W.G. Art. 10. 14 Roth, Bayr. C.R. (1) § 285, 21. Das dem Berechtigten eingeräumte besondere Wasserbezugsrecht hat nicht die Natur der Servituten, sondern die eines Privilegiums. A. M. Endemann, Wasserrecht § 15, 20, der nach heutigem Recht auch bei öffentlichen Flüssen eine Servitut des Wasserbezugs annimmt.

[7] l. 8 l. 17 pr. D. 39. 3; Endemann, Wasserrecht § 74; Erk. Darmstadt 13/7 1869 Sf. XXIII. 207.

[8] l. 24 l. 33 § 1 D. 8. 3; Lang, Sachenrecht § 84, 15.

[9] l. 4 D. 43. 20; Glück, Commentar X. 194; Elvers, Servituten 73. 411; Erk. Dresden 13/9 1866 Sf. XXIII. 128.

[10] l. 17 § 1 D. 50. 3. Das Recht einen Canal anzulegen muß besonders begründet sein Elvers, Servituten 409.

[11] l. 11 D. 8. 4; Endemann, Wasserrecht § 16, 11; Erk. Dresden 1851 Sf. VI. 7; 26/10 1860 Sf. XVI. 14; Berlin 11/9 1877 Sf. XXXIII. 359; Sachsen B.G.B. § 555; Oesterreich A.B.G.B. § 497. Durch besondere Festsetzung kann die Pflicht der Unterhaltung dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks auferlegt sein vgl. oben § 277, 31. Der Servitutberechtigte haftet für den bei den Reparaturarbeiten oder durch mangelhafte Construktion verursachten Schaden vgl. oben § 277, 21.

[12] Erk. München 8/4 1863 Sf. XVII. 9 (Räumung eines Weihers); Berlin 4/6 1874 Sf. XXIX. 221 (Anlegung einer Brunnenkammer); Berlin 13/4 1877 F. M. IX. 62 (Tieferlegung von Röhren). Zum Schutz im Recht der Ausbesserung ist gemeinrechtlich das Interdictum de rivis gegeben unten Note 19. Auch der Eigenthümer des dienenden Grundstücks darf in seinem

Digitized by Google

2. Ist über die Richtung der Wasserleitung nichts vereinbart, so steht die Wahl dem Berechtigten zu, die jedoch nur unbebaute Stellen treffen darf [13]. Die einmal getroffene Wahl unterliegt von Seite des Berechtigten keiner einseitigen Veränderung [14], während der Verpflichtete eine unschädliche Verlegung zu verlangen berechtigt ist [15].

3. Zum Schutz der Wasserleitungsgerechtigkeit ist gemeinrechtlich das Interdictum de aqua quotidiana et aestiva gegeben [16], welches voraussetzt, daß das Recht in dem letzten Jahr vor der Störung einmal [17] und zwar nicht fehlerhaft und in gutem Glauben ausgeübt worden sei [18]. Zum Schutz in dem Recht die Ausbesserung einer im laufenden Jahr oder dem vorhergehenden Sommer ausgeübten Wasserleitung vorzunehmen ist das Interdictum de rivis gegeben [19].

III. Das Recht der Wasserableitung, nämlich das Recht behufs der Entwässerung des herrschenden Grundstücks das auf demselben befindliche Wasser über das dienende Grundstück abzuleiten [20].

IV. Die Wasserschöpfgerechtigkeit, das Recht auf

---

eigenen Interesse die Reparatur vornehmen Erk. Berlin 11/9 1877 Sf. XXXIII. 359.

[13] l. 21. 22 D. 8. 3; Endemann, Wasserrecht § 16, 12.

[14] l. 13 § 1 D. 8. 3; Erk. Darmstadt 3/7 1869 Sf. XXVIII. 13; Lübeck 28/4 1849 Sf. VI. 13.

[15] Erk. Lübeck 28/4 1849 Sf. VI. 13; Darmstadt 3/7 1869 Sf. XXVIII. 13; vgl. oben § 277, 22.

[16] Dig. 43. 20; Windscheid § 164, 8; Sintenis, C.R. § 65, 28; Lang, Sachenrecht § 84, 39.

[17] l. 1 pr. § 4 D. 43. 20; l. 1 pr. D. 43. 22; Endemann, Wasserrecht 78; Lang, Sachenrecht § 84, 39; Erk. Cassel 25/4 1863 Sf. XVIII. 249. Ueber die Zeitberechnung vgl. Erk. Berlin 2/11 1872 Sf. XXVII. 210; München 30/10 1876 Sf. XXXII. 206.

[18] l. 1 pr. § 10. 19. 39 D. 43. 20; l. 1 pr. D. 43. 22; Erk. Darmstadt 23/4 1866 Sf. XIX. 233; 20/6 1871 Sf. XXVI. 110; Wolfenbüttel 22/6 1866 Sf. XXII. 146.

[19] Dig. 43. 21; Elvers, Servituten 822; Arndts § 192 Nr. 2. b; Sintenis, C.R. § 65, 37; Lang, Sachenrecht § 84, 43.

[20] l. 29 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 197; Sachsen B.G.B. § 555; Oesterreich A.B.G.B. § 497. Auch hier kann durch besondere Festsetzung eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Unterhaltung der Abzugsgräben begründet sein Erk. Rostock 10/1 1841 Sf. XVII. 8; Berlin 16/1 1877 Sf. XXXIV. 16 vgl. oben § 277, 16.

Digitized by Google

dem dienenden Grundstück, das für das herrschende Grundstück erforderliche Wasser zu schöpfen [21], womit von selbst der Zugang zum Schöpfplatz verbunden ist [22]. Zum Schutz ist gemeinrechtlich das Interdictum de fonte gegeben [23].

V. Die Viehtränkgerechtigkeit, das Recht, das auf dem herrschenden Grundstück gehaltene Vieh auf dem dienenden Grundstück zur Tränke zu treiben, die immer zugleich die servitus actus enthält [24].

VI. Das Recht auf dem dienenden Grundstück einen Teich zu halten [25].

---

§ 281.

IV. Forstdienstbarkeiten [1].

Dingliche Forstberechtigungen haben regelmäßig die Eigenschaft als Servituten; nur die Holzberechtigung kann auch als Reallast begründet sein [2]. Die Forstdienstbarkeiten können als persönliche [3] oder Grunddienstbarkeiten [4] constituirt sein. Für alle

---

[21] l. 3 § 3 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 198; Erk. Dresden 12/11 1862 Sf. XVII. 215. In Erk. Berlin 17/11 1871 Sf. XXVI. 109 und München 29/12 1879 Sf. XXXV. 188 ist ausgesprochen, daß keine causa perpetua erforderlich sei, die Servitut also auch an einem Trog oder einer Cisterne gegeben sein könne vgl. oben § 277, 14.

[22] l. 3 § 3. D. 8. 3; Lang, Sachenrecht § 84, 48; Erk. München 27/11 1874 Sammlg. V. 40; Bayr. L.R. II. 8. 12 Nr. 2; Oesterreich A.B.G.B. § 496.

[23] Dig. 43. 22; Elvers, Servituten 824; Windscheid § 164, 13; Arndts § 192, 2c; Sintenis, C.R. § 65, 39; Lang, Sachenrecht § 84, 49; Erk. Wolfenbüttel 22/6 1866 Sf. XXII. 146. Für dieses gelten die gleichen Grundsätze wie für das Interdictum de aqua.

[24] l. 1 § 1 l. 6 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 200; Windscheid § 211, 8; Lang, Sachenrecht § 84, 52.

[25] Erk. Dresden 1850 Sf. IV. 12; 1851 Sf. IV. 208.

[1] Mittermair, P.R. § 171; Maurenbrecher, P.R. § 265; Beseler, P.R. § 198; Stobbe, P.R. § 98, 35; Förster Eccius § 187, 155 f.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 304; Paris, die Forstservituten Gruchot XXIV. 336; Platner, Sachenrecht § 60; Lang, Sachenrecht § 83.

[2] Vgl. unten § 288.

[3] Vgl. oben § 271, 5. 6.

[4] Vgl. unten Note 9.

Digitized by Google

Forstdienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß der Berechtigte bei ihrer Ausübung an die Bestimmungen der Forstgesetze gebunden ist[5], also forstmäßige Culturveränderungen sich gefallen lassen muß[6]. Die einzelnen bei uns vorkommenden Forstdienstbarkeiten sind:

I. Das Beholzigungsrecht (jus lignandi)[7]. Dieses kann als persönliche[8] oder Grunddienstbarkeit[9] constituirt sein. Die Eigenschaft als Dienstbarkeit wird auch nicht dadurch alterirt, daß die Fällung des Holzes nur durch den Verpflichteten geschieht, daß der Berechtigte das zu beziehende Holz sich anweisen lassen muß, und daß er eine Recognitionsgebühr zu entrichten hat[10]. Die Dienstbarkeit unterscheidet sich jenachdem sie auf Brennholz oder Bauholz gerichtet ist, häufig finden sich beide vereinigt[11].

---

[5] Erk. Wiesbaden 28/2 1844 Sf. XI. 123; Stuttgart 24/9 1869 Sf. XXIV. 16; Celle 21/4 1866 Sf. XXI. 215; Darmstadt 8/4 1873 Sf. XXIX. 13; Pr. L.R. I. 22. 313 Förster Eccius § 187, 172; Bayr. L.R. II. 8. 15; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 6.

[6] Erk. Darmstadt Sf. XXIV. 14; Jena 28/1 1865 Sf. XIX. 215; Berlin 30/10 1872 Sf. XXVII. 209.

[7] Malblank de jure lignandi 180; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 31; Mittermair, P.R. § 171, 1.

[8] Kreittmayr, Anm. 10 zu L.R. II. 8. 15. Durch Vertrag unter den Betheiligten der Nürnberger Forstrechte ist anerkannt, daß das Forstrecht auch als Personalservitut für den Bürger ohne Grundbesitz bestand. A. E. 24/10 1854 Bl. XXI. 228. Als Personalservitut kömmt auch das Recht der Abholzung vor Erk. München 28/4 1873 Sammlg. III. 134.

[9] Nach Erk. Berlin 6/12 1867 Sf. XXI. 104 und Darmstadt 15/12 1863 Sf. XVII. 214 ist nur ein Haus nicht eine unbebaute Grundfläche das herrschende Grundstück. Nach Erk. München 24/10 1854 Bl. XXI. 228 ist Nachbarlage der Grundstücke bei Forstdienstbarkeiten nicht erforderlich.

[10] Pfeiffer, Pr. Ausf. VIII. 179; Beseler, P.R. § 198, 20; Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 15; Lang, Sachenrecht § 83, 18; A. E. 25/10 1854 Bl. XXI. 230; Erk. München 28/3 1866 Bl. XXXI. 368; Wolfenbüttel 17/10 1859 Sf. XIV. 117; Darmstadt 1/7 1873 Sf. XXIX. 14. In der Regel ist die Recognition eine Abgabe, die mit dem Werth des Holzes in keinem Verhältniß steht. Es kann aber auch das Recht Holz um die Forsttaxe zu beziehen als dingliches Recht constituirt sein Pfeiffer, Pr. Ausf. VIII. 180; Beseler, P.R. § 198, 21; Erk. München 13/6 1846 Bl. XIII. 286; 13/3 1866 Bl. XXXI. 269.

[11] Mittermair, P.R. § 171, 9; Pr. L.R. I. 22. 201; Förster Eccius § 187, 168.

Digitized by Google

Ist die Holzgattung bestimmt, so ist die Ausübung von dem Vorhandensein derselben auf dem dienenden Grundstück abhängig[12]. Der Holzberechtigte muß die Servitut in den festgesetzten oder aus den Umständen sich ergebenden Zeiträumen ausüben; eine Nachforderung für die vergangene Zeit ist nicht statthaft, insoferne der Verpflichtete sich nicht in Verzug befindet[13]. Der Umfang der Holzberechtigung kann der Quantität nach bestimmt[14] oder unbestimmt sein. Ist der Umfang unbestimmt, so richtet er sich bei Brennholz nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß auf dem berechtigten Grundstück[15], bei Bauholz nach dem jedesmaligen Bedarf, welchen der Berechtigte nachzuweisen hat[16].

II. Das Recht auf Raff- und Leseholz[17] und Wind-

---

[12] Mittermair, P.R. § 171, 11; Pr. L.R. I. 22. 231—234; Förster Eccius § 187, 177. Der Verpflichtete ist verbunden, die ausgegangene Holzart wieder anzupflanzen, und ist haftbar, wenn er das Ausgehen verschuldet hat.

[13] Mittermair, P.R. § 171, 13; Pr. L.R. I. 22. 204; Förster Eccius § 187, 163.

[14] Das Recht kann sich auf alle auf dem dienenden Grundstück sich befindenden Bäume erstrecken, so daß der Berechtigte das ausschließliche Recht der Holzbenützung hat Erk. München 21/6 1851 Bl. XVIII. 60; oder auf den ganzen Holzertrag mit Ausnahme einer bestimmten Quantität Erk. München 13/3 1852 Bl. XVII. 153; oder auf alle Bäume einer bestimmten Gattung z. B. Eichen Erk. München 20/6 1851 Bl. XVII. 331. Sonst steht regelmäßig dem Eigenthümer das Recht der Mitbenützung zu Mittermair, P.R. § 171, 17; Pr. L.R. I. 22. 226; Förster Eccius § 187, 174. Nach Erk. München 28/4 1873 Sammlg. III. 134 kann in Bayern nach Verkündigung des Forstgesetzes 28/3 1852 eine derartige den ganzen Holzertrag umfassende Servitut nicht mehr constituirt werden.

[15] Mittermair, P.R. § 171, 7; Lang, Sachenrecht § 83, 15; Pr. L.R. I. 22. 203. 205. 206; Förster Eccius § 187, 160—164. Erk. München 31/10 1842 Bl. VIII. 411 ist ausgesprochen, daß der Berechtigte den Umfang bei willkürlicher Vergrößerung seines Anwesens nicht ausdehnen darf. Der Umfang richtet sich also nach dem Bedürfniß zur Zeit der Begründung der Servitut. Bei dem Holzrecht einer Gemeinde entscheidet die Zahl der Gemeindeglieder zur Zeit der Verleihung Erk. Berlin 11/10 1849 Sf. III. 300.

[16] Mittermair, P.R. § 171, 12; Lang, Sachenrecht § 83, 11; Erk. Celle 14/5 1869 Sf. XXIII. 16; Darmstadt 11/7 1873 Sf. XXIX. 14; Pr. L.R. I. 22. 208.

[17] Mittermair, P.R. § 171, 16; Pr. L.R. I. 22. 215. 222—224; Förster Eccius § 187, 169; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 36; Erk. Cassel 7/2 1838 Sf. XI. 124; Stuttgart 24/9 1869 Sf. XXIV. 12.

Digitized by Google

brüche[18]. Auch hier entscheidet bei unbestimmter Quantität das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks zur Zeit der Begründung[19].

III. Das Streurecht besteht in der Befugniß, abgefallenes Laub, Nadeln und Moos zur Verwendung als Streu in Viehställen in einem fremden Wald zu sammeln[20]. Der Berechtigte ist verbunden, sich nach der Anweisung des Verpflichteten zu richten[21].

IV. Das Recht der Waldweide[22] und die Mastungsgerechtigkeit[23].

V. Durch Landesgesetze ist die Ausübung der Forstdienstbarkeiten geregelt[24], und die Ablösbarkeit angeordnet[25].

---

[18] Maurenbrecher, P.R. § 265, 10; Cassel 7/11 1863 Sf. XVIII. 21; Pr. L.R. I. 22. 217; Förster Eccius § 187, 171.

[19] Es kommen hier die oben Note 15 aufgeführten Grundsätze zur Anwendung.

[20] Mittermair, P.R. § 171, 34; Lang, Sachenrecht § 83, 23; Erk. Celle 15/9 1862 Sf. XVIII. 122; Pr. L.R. I. 22. 221; Förster Eccius § 187, 181. Auch hier richtet sich, wenn die Quantität nicht bestimmt ist, der Bezug nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit Erk. München 31/10 1842 Bl. VIII. 411.

[21] Mittermair, P.R. § 171, 35; Erk. Darmstadt 18/1 1854 Sf. VII. 288; Wiesbaden 28/2 1844 Sf. XI. 123; Celle 21/4 1866 Sf. XXI. 215.

[22] Beseler § 198, 16; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166. III.

[23] Mittermair, P.R. § 171, 23; Stobbe, P.R. § 98, 38; Platner, Sachenrecht § 57; Lang, Sachenrecht § 83, 23; Förster Eccius § 187, 155.

[24] Preußen 5/3 1843 Ausübung der Waldstreuberechtigung; Bayern Forstgesetz 28/3 1852 Roth, Bayr. C.R. (1) § 166; Darmstadt 2/7 1839 Beziehung der Waldstreu; Köthen Dessau 30/9 1849 Leseholznutzung; Sondershausen 23/6 1841 und 25/6 1841 Laub-, Raff- und Beholzungsordnung; Waldeck 22/3 1826 Ausübung der Holzrechte.

[25] Bayern Forstgesetz 28/3 1852 Art. 32; Braunschweig Gemeinheitstheilungs-O. 20/12 1834; Gotha 5/3 1876 Forstablösungsgesetz; Sondershausen 9/2 1874 Waldstreunutzungen; Hannover 7/1 1868 und 13/6 1873; Birkenfeld 5/2 1873; Schaumburg 28/4 1870; Detmold 1/4 1845. Außerdem kommen hier die oben § 277, 43 aufgeführten Ablösungsgesetze in Betracht. Vom 1. Januar 1853 an können in Bayern neue dingliche Forstberechtigungen nicht mehr erworben werden Forstgesetz Art. 34; Roth, Bayr. C.R. (1) § 166, 30. Nach Preußischem Recht können sie nur auf Zeit begründet und durch Ersitzung gar nicht erworben werden Förster Eccius § 187, 30 und 54.

Digitized by Google

§ 282.

V. Dienstbarkeiten an Grundflächen.

Als solche finden sich:

1. Das Recht bestimmte Materialien dem Grundstück zu entnehmen, namentlich das Recht auf dem dienenden Grundstück Steine zu brechen [1], Lehm [2] und Torf [3] zu stechen, Sand zu graben [4], Kalk zu brennen [5]. Das Recht kann als Prädialservitut mit einem herrschenden Grundstück verbunden [6] oder als irreguläre Personalservitut constituirt sein [7]. Auch wenn das Recht als Prädialservitut constituirt ist, ist für die Ausübung nicht nothwendig das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks maßgebend [8].

2. Das Recht das dienende Grundstück zur Führung einer Wasserleitung zu benützen [9], und das Recht auf dem dienenden Grundstück eine Dungstätte zu haben [10].

3. Die Befreiung von den Beschränkungen des Nachbarrechts kann als Dienstbarkeit constituirt sein [11].

---

[1] l. 6 § 1 D. 8. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241; Erk. München 26/4 1841 Bl. XVII. 377; Wolfenbüttel 12/2 1878 Sf. XXXIV. 17.

[2] Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241; Erk. Berlin 20/2 1851 Sf. V. 142.

[3] Erk. München 1/2 1861 Bl. XXIX. 237; Celle 19/5 1852 Sf. XXIII. 215.

[4] § 2 Inst. 2. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241.

[5] § 2 Inst. 2. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 240.

[6] Dieß ist in den oben Note 1—3 aufgeführten Fällen gegeben.

[7] Dieß dürfte ebenfalls da anzunehmen sein, wo dem Berechtigten das ausschließliche Nutzungsrecht zusteht Erk. München 28/4 1873 Sammlg. III. 134 (Abholzung); 6/7 1874 Sammlg. IV. 176 (Thon- und Porcellanerde).

[8] Erk. München 1/2 1861 Bl. XXIX. 237 und Celle 19/5 1852 Sf. XXIII. 215 (Austorfung); Wolfenbüttel 12/2 1878 Sf. XXXIV. 17 (Steinbruch). A. M. Erk. Berlin 20/2 1851 Sf. V. 142. Erk. München 20/6 1881 Sammlg. IX. 65 spricht aus, daß auch bei Constituirung einer Servitut zum Gewerbebetrieb Lehm zu graben der Eigenthümer das Mitbenutzungsrecht hat, wenn es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[9] Iter aquae l. 15 D. 8. 3; Elvers, Servituten 404; Bayern Wassergesetz Art. 89; Erk. München 15/6 1874 Sf. XXXI. 14.

[10] Erk. München 1/3 1872 Sammlg. II. 8.

[11] Windscheid § 211a, 5; Wolfenbüttel 13/11 1866 Sf. XXVIII. 201 (Fabrikrauch); Berlin 29/9 1874 Sf. XXX. 233 (Dunggrube).

Digitized by Google

4. Bestritten ist, ob Beschränkung des Gewerbbetriebs als Servitut eines dienenden Grundstücks giltig constituirt werden könne [12].

---

§ 283.

VI. Gebäudedienstbarkeiten [1].

Die Gebäudedienstbarkeiten des römischen Rechts beruhen auf der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer regelmäßig die Befugniß zustehe, auf seinem Grund beliebig Gebäude aufzuführen, und daß er nur alle Veranstaltungen zu unterlassen habe, welche eine Ueberschreitung der Eigenthumsgrenze enthalten, wenn nicht durch Servituterrichtung die Zuläßigkeit zugestanden sei [2]. Das gegenwärtig geltende Recht nimmt insoferne eine abweichende Stellung ein, als auf Grund des Nachbarrechts das Eigenthum mehr beschränkt ist als dieß nach römischem Recht der Fall war, was namentlich bei dem städtischen Grundbesitz hervortritt, für welchen mehrfache, dem römischen Recht nichtbekannte Beschränkungen dieser Art, namentlich durch die Bauordnungen bestimmt sind. Von der Beobachtung solcher Eigenthumsbeschränkungen kann aber zweifellos durch Bestellung einer Dienstbarkeit befreit werden [3], und es sind daher nach unserem Recht Gebäudedienstbarkeiten auch gegen die Eigenthumsbeschränkungen der statutarischen Bauordnungen gegeben. Als die wesentlichsten Gebäudedienstbarkeiten sind folgende anzuführen:

I. Bauverbote. Schon das römische Recht kennt die ge-

---

[12] Ueberhaupt für unzuläßig erklären eine solche Stipulation Erk. Stuttgart 9/6 1863 Sf. XIX. 18 (Conditorei); Celle 12/3 1866 Sf. XX. 106 (Manufakturgeschäft); Stuttgart 14/4 1871 Sf. XXV. 220 (unleidliches Gewerbe). Als Personalservitut lassen ein derartiges Verbot zu Erk. Lübeck 15/7 1850 Sf. VI. 11 (Fabrikanlage) München 17/2 1871 Sammlg. I. 21 (Wirthschaft).

[1] Glück, Commentar X. 68; Elvers, Servituten § 45—49; Windscheid § 211a; Beseler, P.R. § 93; Roth, Bayr. C.R. (1) § 168; Lang, Sachenrecht § 86.

[2] Vgl. oben § 239, 2.

[3] Vgl. oben § 234, 8.

Digitized by Google

setzliche Dienstbarkeit, daß der Eigenthümer kein Gebäude errichten darf, durch welches der Dreschtenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird [4]. Als Dienstbarkeitsbestellung findet sich das Aussichtsrecht (servitus ne prospectui officiatur), die Befugniß zu verlangen, daß auf dem dienenden Grundstück alle Anlagen unterbleiben, welche die Aussicht von dem herrschenden Grundstück aus beeinträchtigen [5].

II. Baubeschränkungen. Als gesetzliche Dienstbarkeit findet sich in mehreren Landesrechten die Bestimmung, daß Neubauten nur in einer gewissen Entfernung von bereits stehenden Gebäuden des Nachbarn errichtet werden dürfen [6], und Beschränkung der Anlagen in einer gemeinschaftlichen Mauer [7]. Auf einer Dienstbarkeitsbestellung beruht die servitus altius non tollendi, welche das Recht gewährt zu verlangen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht über eine gewisse Höhe baue [8].

III. Lichtrecht. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer das Recht Fenster nach der Seite des Nachbarn anzulegen, auch

---

[4] l. 14 § 1 Cod. 3. 34; Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 191. Früher nahm man an, daß dieß auf Windmühlen auszudehnen sei; für unzuläßig erklärt dieß Erk. Celle 1868 Sf. XVI. 98. Nach Pr. L.R. II. 15. 247 ist der Rechtssatz nur für Windmühlen anerkannt und zwar nur für solche, die vor 1819 erbaut sind Förster Eccius § 170, 54. Von anderen wird die Bestimmung als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung aufgefaßt Windscheid § 169, 14; Förster Eccius § 170, 54.

[5] l. 15 D. 8. 2; Glück, Commentar X. 127; Erk. Darmstadt 23/6 1876 Sf. XXXII. 305; Bayr. L.R. II. 8. 7 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 546; Pr. L.R. I. 22. 62. Nach Bremer Gewohnheitsrecht gibt das Aussichtsrecht die Befugniß zu verlangen, daß der Nachbar von den Fenstern des Grundstücks 3′ entfernt bleibe Post, C.R. III. § 13, 2.

[6] Nach Augsburg B.O. II. 3. 35 darf einem Nachbargebäude gegenüber das 2′ von der Grenze steht nur in einer Entfernung von 2′ gebaut werden. Nach Regensburg W.G.O. XIII. 3. 4 muß von dem Nachbarhaus in dessen Seitenwand sich Fenster befinden 3′ Abstand genommen werden Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 8. 9; nach Kurhessischem Recht in demselben Fall 4′ Abstand Platner, Sachenrecht § 61, 31. Nach Pr. L.R. I. 8. 139 dürfen neue Gebäude nur in einer Entfernung von drei Werkschuhen von bereits bestehenden Gebäuden des Nachbarn errichtet werden Förster Eccius § 170, 27.

[7] So nach Bayrischen Statuten Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 10 und Pr. L.R. I. 8. 136.

[8] l. 1. 4 Inst. 2. 3; Glück, Comment. X. 77; Erk. Celle 2/7 1861 Sf. XVIII. 19; Bayr. L.R. II. 8. 4.

Digitized by Google

wenn er auf der Grenze baut, kann jedoch das Verbauen derselben nicht hindern[9]; hingegen kann er sich durch Dienstbarkeitsbestellung schützen (servitus ne luminibus officiatur)[10]. Hievon unterscheiden sich diejenigen Statuten, welche die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn beschränken und zwar in folgender Weise:

1. Mehrere Statuten verbieten die Anlage von Fenstern nach der Nachbarseite, insoferne nicht die Befugniß dazu besonders erworben ist, überhaupt[11].

2. Nach mehreren Statuten ist die Fensteranlage nach der Seite des Nachbarn ohne besondere Genehmigung nur gestattet bei Bauten, welche in einer gewissen Entfernung von der Grenze errichtet werden[12].

3. Nach Preußischem Recht ist die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn gesetzlich nicht beschränkt[13]; nur wenn ein Gebäude unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten steht, sollen Oeffnungen, wo es die Umstände gestatten 6′ von dem Boden des Zimmers oder Behältnisses erhöht, immer aber vergittert werden, von welcher Eigenthumsbeschränkung durch Bestellung einer Dienstbarkeit befreit werden kann[14]. Außerdem gewährt das Preußische Recht den seit zehn Jahren bestehenden Fenstern eines Hauses die gesetzliche Dienstbarkeit, daß der Neubau des Nachbarn so weit zurückweichen muß, daß der Eigenthümer aus den ungeöffneten Fenstern den Himmel sehen kann (jus prospectus coeli)[15].

---

[9] Pfeiffer, Pr. Ausf. IV. 4; Erk. München 19/1 1874 Sammlg. IV. 149; Jena 29/11 1878 Sf. XXXV. 273. Dieß ist der Standpunkt des Sächsischen und Oesterreichischen Rechts Randa, E. § 5, 27.

[10] l. 4 D. 8. 4; Glück, Commentar X. 93; Bangerow § 342, Anm. 1. 2; Erk. Celle 18/4 1876 Sf. XXXI. 313; Württemberg B.O. 6/10 1872 Art. 59; Sachsen B.G.B. § 544. 545; Oesterreich A.B.G.B. § 488.

[11] Vgl. oben § 239, 25.

[12] So nach Kurhessischem und Hamburger Recht oben § 239, 26. 27, und nach Bayrischen Statuten bei solchen Häusern, bei welchen das Traufrecht verbaut ist oben § 239, 30; Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 32—36.

[13] Pr. L.R. I. 8. 137.

[14] Pr. L.R. I. 8. 138; Förster Eccius § 170, 32.

[15] Pr. L.R. I. 8. 142. 143; Förster Eccius § 170, 34; Dernburg, Pr. P.R. I. § 221, 11; Erk. R.G. 8/4 1880 Entsch. II. 54; München 26/6 1871 Sammlung I. 59.

Digitized by Google

Die nicht seit zehn Jahren bestehenden Fenster haben keinen andern Schutz als den der Entfernung der Neubauten von älteren Gebäuden anzusprechen [16].

4. Nach französischem Recht dürfen Fenster, Altanen und Erker nach der Seite des Nachbarn nur bei Entfernung des Gebäudes in gerader Richtung von 6′, in schräger Richtung von 2′ angelegt werden [17]. In einer gemeinschaftlichen Mauer darf der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nachbarn weder offene noch geschlossene Fenster anbringen [18]. In einer eigenen gegen den Nachbar gerichteten Mauer darf der Eigenthümer nur vergitterte Fenster anbringen, die bei Zimmern zu ebener Erde 8′, bei anderen 6′ über dem Zimmerboden anfangen [19].

IV. Rechte an fremden Grundstücken. Hier finden sich folgende Dienstbarkeiten:

1. an der Mauer das Trammrecht (servitus tigni immittendi) das Recht in die Wand des Nachbars Balken des eignen Hauses einzuschieben und dort ruhen zu lassen [20], und das Recht auf die Mauer des dienenden Grundstücks etwas aufzubauen (servitus oneris ferendi), wobei der Eigenthümer des letzteren das tragende Bauwerk unterhalten muß [21]. Das Preußische Landrecht und das Oesterreichische Recht verbinden die beiden Dienstbarkeiten mit gleicher Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks [22]. Als servitus luminum wird die Dienst-

[16] Pr. L.R. I. 8. 144; Förster Eccius § 170, 38.

[17] C. c. Art. 678. 679; Zachariä § 244, 7a.

[18] C. c. Art. 675; Zachariä § 244, 2.

[19] C. c. Art. 676, 677; Zachariä § 244, 6.

[20] l. 8 § 1. 2 D. 8. 5; Glück, Comment. X. 7. 3. Bei der servitus tigni immittendi hat gemeinrechtlich der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht die Pflicht der Unterhaltung der Wand, diese liegt vielmehr dem Berechtigten ob l. 6 § 2 l. 8 § 2 D. 8. 5; Windscheid § 211a, 3; Lang, Sachenrecht § 86, 6; damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 8. 2 und Sachsen B.G.B. § 542.

[21] l. 5 § 2 l. 8 § 2 D. 8. 5; Zaun, A. f. C.Pr. XLIII. 301; Glück, Commentar X. 16. 70; Windscheid § 211a, 3; Bangerow § 342, Anm. 2; Bayr. L.R. II. 8. 3; Sachsen B.G.B. § 541. Nach Französischem Recht hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks diese Verpflichtung nur auf Grund vertragsmäßiger Festsetzung Aubry § 253, b.

[22] Pr. L.R. I. 22. 55. 58; Förster Eccius § 187, 85; Oesterreich A.B.G.B. § 487.

Digitized by Google

barkeit unterschieden in einer fremden Mauer ein Fenster zu brechen, um dem eignen Gebäude Licht zuzuführen [23];

2. an dem Luftraum des fremden Grundstücks das Recht einen Ausbau in die Luftsäule des Nachbarn ragen zu lassen (servitus projiciendi vel protegendi) [24], und das Recht den Rauch in größerem als dem gesetzlichen Maaß in das Nachbargrundstück einzuleiten (servitus fumi immittendi) [25].

3. Die Dienstbarkeit des Wasserablaufs hier findet sich

a. das Traufrecht. Gemeinrechtlich ist der Eigenthümer nur insoferne beschränkt, als er keine Veranstaltungen treffen darf, durch welche Flüssigkeiten auf das Grundstück des Nachbarn abgeleitet werden [26]. Er kann daher eine Dachtraufe nach der Seite des Nachbarn nur anbringen, wenn das ablaufende Wasser weder direkt noch indirekt auf das Nachbargrundstück geleitet wird. Befreit wird er von dieser Verpflichtung durch Bestellung einer Dienstbarkeit in Folge deren der Nachbar dulden muß, daß das tropfenweise vom Dach fallende (servitus stillicidii) [27] oder in Rinnen gesammelte (servitus fluminis recipiendi) [28] Regenwasser auf sein Grundstück sich ergießt. Nach Sächsischem Recht hat der Berechtigte zwischen beiden die Wahl [29]. In den Bayrischen Statuten ist das Traufrecht analog den Vorschriften über das Lichtrecht geregelt [30].

---

[23] l. 40 D. 8. 2; l. 8 Cod. 8. 34; Windscheid § 211a, 8; Bangerow § 342, Anm. 1. 2; Bayr. L.R. II. 8. 7; Sachsen B.G.B. § 547. Andere halten die servitus luminum für identisch mit der servitus ne luminibus officiatur oben Note 10.

[24] l. 1 pr. l. 2 D. 8. 3; Glück, Comment. X. 74. 75; Erk. Wolfenbüttel 24/2 1865 Sf. XX. 17; Bayr. L.R. II. 8. 6.

[25] l. 8 § 5. 7 D. 8. 5; Glück, Comment. X. 137.

[26] Vgl. oben § 230, 72.

[27] § 1 Inst. 2. 3; Erk. Rostock 3/6 1873 Sf. XXXII. 113; München 24/2 1879 Sf. XXXIV. 281; 7/5 1880 Sf. XXXV. 276; Bayr. L.R. II. 8. 8.

[28] l. 17 § 3 l. 20 § 2. 3 D. 8. 2; Glück, Commentar X. 124; Windscheid § 211. a. 1; Bayr. L.R. II. 8. 9. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 489 und Württemberg B.O. Art. 57 findet sich diese Servitut auch in der Art, daß der Berechtigte das Regenwasser in die Rinne des Nachbarn leiten darf, welcher letztere dann die Unterhaltungspflicht hat Lang, Sachenrecht § 86, 10.

[29] Sachsen B.G.B. § 543.

[30] Roth, Bayr. C.R. (1) § 168, 55. 59.

Digitized by Google

b. Das Ausgußrecht (servitus cloacae)[31], vermöge dessen der Eigenthümer das Abfallwasser auf das Nachbargrundstück leiten darf.

4. Das Durchgangsrecht. Die Wegegerechtigkeit kann auch an städtischen Grundstücken begründet sein, und ist dann zweifellos als städtische Grunddienstbarkeit anzusehen[32]. Das Recht durch ein Haus zu gehen oder zu fahren gibt nicht das Recht zu verlangen, daß das Thor zur Ausübung der Dienstbarkeit beständig geöffnet sei, vielmehr ist der Berechtigte verpflichtet dasselbe bei Ausübung der Gerechtigkeit zu öffnen und zu schließen[33]. Ist ein Recht der Durchfahrt durch ein Thor eingeräumt, so darf nach Preußischem Landrecht der Eigenthümer die Durchfahrt nicht verkleinern[34].

---

[31] l. 7 D. 8. 1; Glück, Commentar X. 130; Lang, Sachenrecht § 86, 11; Erk. Jena 19/3 1840 Sf. IV. 209; München 8/5 1876 Sf. XXXII. 307; Bayr. L.R. II. 8. 10; Pr. L.R. I. 22. 59. Gemeinrechtlich ist zum Schutz des Interdictum de cloacis gegeben Windscheid § 164, 14; Sintenis, C.R. § 65, 43; Arndts § 192 Nr. 2d.

[32] Lang, Sachenrecht § 86, 20; Kreittmayr, Anm. c zu Bayr. L.R. II. 8. 11; Förster Eccius § 187, 111.

[33] Erk. Dresden 2/5 1856 Sf. XII. 7; Oldenburg 1858 Sf. XVIII. 211; München 26/3 1866 Bl. XXXI. 252.

[34] Pr. L.R. I. 22. 76.

Digitized by Google

Caput 2.

Die Reallasten[1].

Titel I.

Allgemeine Grundsätze.

§ 284.

I. Begriff.

Reallasten[2] sind wiederkehrende Leistungen, welche in der Art mit einem Immobile in Verbindung gebracht sind, daß die Verpflichtung dazu dem jeweiligen Eigenthümer obliegt[3]. Diese

---

[1] Vgl. Seuffert, das Baurecht und die Reallasten 1819; Dunker, die Lehre von den Reallasten 1837; Renaud, Beitrag zur Theorie von den Reallasten 1846; Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten 1860; Mann, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten 1869; Heimbach, Reallasten R.L. IX. 28; Häberlin, die rechtliche Natur der Reallasten Z. f. d. R. XVIII. 131; Gerber, zur Theorie der Reallasten Abh. 213—260; Meibom, Realschulden und Reallasten Bekker, Jahrb. IV. 442; Eichhorn, P.R. § 161—167; Mittermaier, P.R. § 172—199; Maurenbrecher, P.R. § 319—346; Gerber, P.R. § 168—172; Gengler, Lehrbuch § 70—79; Beseler, P.R. § 190—194; Stobbe, P.R. § 100—105; Preußen: Förster Eccius § 188; Dernburg, Pr. P.R. I. § 305—311; Platner, Sachenrecht § 63; Bertram, P.R. 329—331; Schleswigholstein: Paulsen, P.R. § 70. 71; Bayern: Roth, Bayr. C.R. (1) § 169—180; Sachsen: Müller, Beiträge 1878; Württemberg: Reyscher, P.R. § 254—279; Lang, Sachenrecht § 132—150; Baden: Behaghel § 109. 110; Thüringen: Haubold § 458—480; Heimbach § 355—373; Bremen: Post, P.R. III. § 4—10; Oesterreich: Unger, Ö.P.R. § 63; Randa, Besitz § 24, 37. In dem Rechtsgebiet des französischen Rechts mit Ausnahme von Baden ist das Institut nicht vorhanden. Eine Uebersicht über den gegenwärtigen Bestand des Instituts gibt Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts der Reallasten 1879 44—76.

[2] Der Ausdruck gehört erst der neueren Rechtssprache an; zuerst wurden die betreffenden Institute von Mittermair, Einleitung in das Studium des Deutschen Privatrechts 1812 S. 190 unter dieser Bezeichnung zusammengestellt; doch findet sie sich schon früher so Sächsische P.O. 1622 Tit. 42 § 6 und Pr. L.R. I. 20. 154. Auch bei Kreittmayr, Anm. 5 zu Bayr. L.R. IV. 7—33 begegnet der Ausdruck Onera realia. Früher wurden die Reallasten nicht als einheitliches Rechtsinstitut aufgefaßt Förster Eccius § 188, 8.

[3] Verpflichtet zur Leistung ist der Eigenthümer Sachsen B.G.B. § 505; Oesterreich A.B.G.B. § 443; Müller, Beiträge 4, 4; Gerber, P.R. § 169, 2.

Digitized by Google

kann in einem Dulden[4] Geben oder Handeln bestehen. Es ist dabei weder Regelmäßigkeit der Leistung durch Wiederkehr zu bestimmten Zeiten[5] noch unbeschränkte Dauer des Verhältnisses[6] vorausgesetzt. Reallasten im technischen Sinn[7] sind nur diejenigen Leistungen, die auf einem Privatrechtstitel beruhen, also nicht die Eigenschaft von öffentlichen Abgaben haben[8], und die eine selbstständige, nicht von einem andern Rechtsverhältniß abhängige Verpflichtung enthalten, also nicht die Eigenschaft von Gegenleistungen haben[9].

Ausnahmsweise kann die Verpflichtung auch dem Nutzungsberechtigten obliegen vgl. unten § 288, 85.

[4] Regelmäßig wird als Unterscheidungsmerkmal der Reallasten angeführt, daß sie in einer Leistung bestehen; allein es bildet dieß nur die Regel und darf keinesfalls als allgemeine Voraussetzung angesehen werden. So bestand ursprünglich das Zehntrecht nur in der Befugniß der Zehntung durch den Zehntherrn s. unten § 288, 84. Auch dem neueren Recht ist dieß nicht unbekannt. So kann der Auszug ganz oder theilweise in Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit bestehen unten § 288, 49, und die Verpflichtung zur Faselviehhaltung hat den Inhalt einer Prädialservitut unten § 288, 73. Nicht zu billigen ist, daß Renaud, R.L. 25 dieß generalisiren und die Reallasten allgemein als zu einem Dulden verpflichtend hinstellen will.

[5] Duncker, R.L. 59; Unger, Ö. P.R. § 63, 9.

[6] Dieß wird von Manchen als erforderlich erachtet, so Erk. München 5/2 1869 Bl. XXXVI. 248. Allein die Unrichtigkeit der Ansicht ergibt sich schon daraus, daß der Altentheil ganz gewöhnlich als Reallast constituirt wird Erk. Berlin 27/3 1879 Sf. XXXV. 47 vgl. unten § 288, 53.

[7] Früher bezeichnete man als Reallasten alle dinglichen Lasten einer unbeweglichen Sache, und unterschied daher Reallasten im engeren und weiteren Sinn s. Duncker, R.L. 57; Unger, Ö. P.R. § 63, 2; Müller, Beiträge § 7, 4. Jetzt wird dieser Sprachgebrauch kaum mehr vorkommen.

[8] Die auf Bestimmungen des öffentlichen Rechts beruhenden Leistungen an Staat und Gemeinden und die auf Staatsgesetzen beruhenden Verpflichtungen zu Handlungen im öffentlichen Interesse (Steuern, Landfolge, Gemeindelast) sind nicht als Reallasten im technischen Sinn aufzufassen Renaud, R.L. 50; Unger, Ö. P.R. § 63, 3 und 46; Duncker, R.L. § 39—41.

[9] Diese Gegenleistungen, zu denen namentlich der emphyteutische Canon gehörte, beruhen auf einer persönlichen Verpflichtung Duncker, R.L. 98, 191, 199; Unger, Ö. P.R. § 63, 4. Ueber die Ansicht von Windscheid § 220, 5. 6, der den emphyteutischen Canon als Reallast construiren will s. Stobbe, P.R. § 101, 2. Früher wurden diese Gegenleistungen zu den Reallasten gerechnet vgl. Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 157; es geschieht dieß noch von Stobbe, P.R. § 100, 18, und es wird für das Preußische Recht angenommen von

Digitized by Google

Ueber die rechtliche Natur der Reallaſten herrſcht ſeit lange Meinungsverſchiedenheit, und es laſſen ſich die verſchiedenen Meinungen in folgende Categorieen eintheilen:

1. Die eine Categorie läugnet die Dinglichkeit der Reallaſten und erklärt ſie für Obligationen, und zwar theils als ein mit einer Hypothek an der belaſteten Sache verbundenes Forderungsrecht [11], theils als dingliches Forderungsrecht [12], als ſubjektiv dingliches Recht [13], und als eine durch den Beſitz eines Grundſtücks bedingte Obligation [14].

2. Die zweite Categorie erklärt ſich für die Dinglichkeit des Rechtsverhältniſſes, und zwar nicht nur der Reallaſt im Ganzen,

---

Dernburg, Pr. P.R. I. § 305, 9. Nach Bayriſchem Recht war die rein obligatoriſche Natur dieſer Gegenleiſtungen zweifellos anerkannt Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 7. Für Gegenleiſtungen bei Servituten wird theilweiſe noch jetzt die Eigenſchaft als Reallaſt angenommen oben § 277, 25. Als Gegenleiſtungen ſind regelmäßig das Laudemium und Mortuarium aufzufaſſen.

[10] Gegen die Aufſtellung von Mann, Unterſuchungen 1869, der die einzelne Leiſtung als Erfüllung einer Bedingung conſtruiren will, ſ. meine Anzeige in Pözl, Kr.V.J.S. XII. 490 und Stobbe, P.R. § 101, 22. Die Aufſtellung bedarf wohl keiner weiteren Berückſichtigung.

[11] S. die bei Duncker, R.L. § 3, Friedlieb, R.L. § 32 und Gengler, Lehrbuch § 70, l. 2 Angeführten; gegen dieſe Anſicht Duncker, R.L. § 4 § 101 Nr. 1. Mit dem neueren Hypothekenrecht iſt dieſe Conſtruktion ohnehin nicht verträglich.

[12] Dieß war die Auffaſſung von Mittermair, P.R. (1821) § 325 und (1825) § 229 und Ortloff, P.R. § 232.

[13] Dieſe Terminologie, zuerſt von Runde, Leibzucht II. § 26 aufgeſtellt, wurde von Eichhorn, P.R. § 162 aufgenommen ſ. darüber Duncker, R.L. § 10. Dieſe und die Note 12 aufgeführte Conſtruktion, die identiſch ſind, führen zu der Unterſtellung unter die Obligationen Unger, C.P.R. § 63, 19.

[14] Die jetzt gewöhnliche Formulirung dieſer Meinung führt auf Seuffert, Baurecht (1819), 73 und Puchta, Vorleſungen (1847) § 178 zurück, von denen ſie dann Gerber, P.R. (1849) § 167 aufnahm ſ. Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 12. Die Meinung, daß dieſe Conſtruktion zuerſt von Gerber aufgeſtellt worden ſei, iſt alſo völlig unbegründet; derſelben ſchließen ſich an: Friedlieb, R.L. 174, Randa, Beſitz § 24, 37 und Stobbe, P.R. § 101, 30. Von Manchen wird die Anſicht vertreten, daß ein ſolches Verhältniß ſich ſchon im römiſchen Recht finde. Allein dieß entbehrt der Begründung Stobbe, P.R. § 101 Nr. 8. Man erſetzt alſo unter dem Vorwand, daß dieß mit den Grundprincipien des römiſchen Rechts ſich nicht vereinigen laſſe, die Conſtruktion als dingliches Recht mit einer Conſtruktion die ebenſo den Principien des römiſchen Rechts widerſpricht.

Digitized by Google

sondern auch den einzelnen Leistungen [15], und motivirt dieß theils durch ihre Gleichstellung mit den Servituten [16], theils durch Annahme einer dem Grundstück als verpflichtetem Objekt obliegenden Last (sog. Personifikation des Grundstücks) [17], oder einer dem Deutschen Recht eigenthümlichen dinglichen Verpflichtung [18], endlich durch die Auffassung als ausgeschiedener Eigenthumsbestandtheile [19].

3. Eine dritte Categorie unterscheidet zwischen der Reallast als Ganzem und der einzelnen Leistung, und legt der ersteren dinglichen Charakter bei, während sie die letztere als persönliche Verpflichtung auffaßt [20].

---

[15] S. die Vertreter dieser Ansicht unten § 285, 10.

[16] Diese Begründung war unter den älteren Juristen sehr verbreitet s. die bei Duncker, R.L. § 5 und Gengler, Lehrbuch § 70 I. 1 Angeführten. Sie findet sich noch Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 1 und Kreittmayr, Anm. c zu dieser Stelle, neuerdings ist sie jedoch ganz aufgegeben. Der Gesichtspunkt ist abgesehen davon, daß eine Dienstbarkeit nicht in einer Leistung bestehen kann, schon deßhalb irrig, weil bei Reallasten ein praedium dominans nicht erforderlich ist, und die Dauer der Auffassung als Personalservitut widerstrebt, s. Stobbe, P.R. § 101 Nr. 2.

[17] Dieß ist die Ansicht von Duncker, R.L. § 14 f. und Erk. Rostock 7/4 1862 Sf. XVII. 85; 7/4 1868 Sf. XXIV. 256. Vgl. darüber Stobbe, P.R. § 101 Nr. 4.

[18] Dieß ist die Ansicht von Gengler, Lehrbuch § 70; ihr stimmt bei Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 444 und Mecklenburgisches H.R. 35; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 155. Uebereinstimmend damit für die Construktion der Hypothek des neueren Rechts Regelsberger, H.R. § 10, 21. Das römische Recht hatte auf dem Gebiet des Privatrechts den Begriff der Dinglichkeit nicht wie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auf Leistungen ausgedehnt, und insofern ist es richtig, daß die Reallasten nicht als dingliche Rechte im Sinne des römischen Rechts bezeichnet werden können. Wäre im römischen Reich eine Ablösung des emphyteutischen Verbandes zu Stande gekommen, so würde sich der Canon zu einer dinglichen Reallast umgewandelt haben. Dem älteren deutschen Recht dagegen war die Ausdehnung des Begriffs auf Leistungen geläufig Duncker in Z. f. D. R. XI. 469.

[19] Albrecht, Gewere 168 erklärt die Reallasten sowohl auf Seite des Berechtigten als des Verpflichteten als Pertinenzen der Proprietät (Gewere). Renaud, R.L. 40 und 63 betrachtet sie als durch Theilung der Gewere begründete Eigenthumsbeschränkungen. Vgl. darüber Stobbe, P.R. § 101 Nr. 6. 7.

[20] Diese Ansicht wurde zuerst von Wächter, Erörterungen I. 127 zunächst für das Württembergische Recht aufgestellt, und ist angenommen von Häberlin,

Digitized by Google

Der historischen Entwicklung entspricht die Ansicht, welche die Dinglichkeit nicht nur für die Reallast als Ganzes, sondern auch für die einzelne Leistung annimmt[21], und sie ist auch in einer Anzahl von Landesrechten durch die Gesetzgebung oder constante Praxis zur Anerkennung gelangt[22], während in anderen die Ansicht angenommen ist, daß die einzelne Leistung die Eigenschaft einer persönlichen Verbindlichkeit das Recht als Ganzes die Eigenschaft eines dinglichen Rechts habe[23]. Dagegen ist die Auffassung des Rechtsverhältnisses als persönliche an das Grundstück gebundene Verbindlichkeit weder in der Gesetzgebung noch in der Praxis anerkannt[24].

Die Zahl der Reallasten ist so wenig bestimmt, als die der Real-

---

Z. f. D. R. XVIII. 160; Beseler, P.R. § 190; Unger, Ö. P.R. § 63, 22; Förster Eccius § 188, 20; Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 503.

[21] Der ursprünglichen Gestaltung des Instituts war diese Auffassung entsprechend Wächter, W. P.R. I. 621. Das Recht aus der Reallast wurde zu den dinglichen Rechten gerechnet, wie sich schon daraus ergibt, daß ihm die Eigenschaft einer Immobilie beigelegt wurde. Das Recht wurde durch Auflassung constituirt, und dem Gläubiger stand eine Zinsgewere zu unten § 288, 26; Friedlieb, R.L. § 19, 3 und § 20, 2. Die ältere Jurisprudenz nahm die Dinglichkeit als zweifellos an Duncker, R.L. § 20, und die Haftung des Singularsuccessors für die Rückstände wurde nach früherem Recht nie bestritten Duncker, R.L. § 16. IV. Für die Meinung, welche die Dinglichkeit der Reallasten anerkennt, und die Auffassung als Obligation verwirft, ist namentlich anzuführen die Zulässigkeit der Entstehung durch Ersitzung, der Untergang durch Nichtgebrauch Förster Eccius § 188, 33, Anerkennung des Rechtsbesitzes unten § 286, 14, Geltendmachung durch die confessorische Klage unten § 287, 4, Unmöglichkeit der Tilgung der Verbindlichkeit durch Solution Meibom in Bekker Jahrb. IV. 499. Dieß alles betont Erk. Celle 15/2 1859 T.E. V. 97. Das letzte Argument will Stobbe, P.R. § 109, 9 nicht gelten lassen indem er behauptet, nach neuerem Recht seien auch die Reallasten rückzahlbar.

[22] Vgl. unten § 286, 10.

[23] Dieß gilt nach Bayrischem Recht, da die verfallenen Leistungen aus Reallasten mit Ausnahme des Ewiggelds als persönliche Schuld aufgefaßt werden Roth, Bayr. C.R. (1) § 171, 15; das Gleiche gilt nach Württembergischem Recht Wächter, W. P.R. I. 622.

[24] Mir ist kein Rechtsfall bekannt, in welchem die Auffassung der Reallasten als Obligation anerkannt worden wäre. Der Anwendung in der Gesetzgebung steht schon der Umstand entgegen, daß die Reallasten durchgängig in die Grundbücher eingetragen sind.

Digitized by Google

servituten. Da die Möglichkeit der Begründung neuer Reallasten nicht ausgeschlossen ist[25], so kann auch der Inhalt der Reallasten so mannigfaltig sein als die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung[26]. Jedoch ist durch landesgesetzliche Bestimmungen die Neuconstituirung gewisser durch die Ablösungsgesetze beseitigter Reallasten verboten[27], und die Errichtung neuer Reallasten gesetzlich beschränkt[28].

§ 285.

II. Entstehung und Beendigung.

Reallasten können entstehen:

1. Durch Gesetz[1]. Die Möglichkeit der Begründung von Reallasten durch gesetzliche Bestimmung ist auch für das gegenwärtige Recht keinem Zweifel unterworfen[2].

2. Durch Privatdisposition nämlich durch Vertrag oder letztwillige Verfügung[3]. Ueber die Frage, ob und unter welchen

---

[25] Vgl. unten § 285, 5.

[26] Ein Beispiel der Schaffung einer dem Inhalt nach neuen Reallast ist die in Erk. R.G. 23/11 1880 Sammlung IV. 38 erwähnte Verpflichtung der Unterhaltung einer Thurmuhr.

[27] Neuconstituirung der für ablösbar erklärten Reallasten untersagen Weimar Abl.G. 28/4 1869 § 38; Coburg Abl.G. 25/1 1849 Art. 10; Gotha Abl.G. 5/11 1853 Art. 53; Rudolstadt Abl.G. 27/4 1849 Art. 18; Meiningen Abl.G. 5/5 1850 Art. 28; Waldeck Ges. 31/1 1857.

[28] Die Neuauflegung anderer Reallasten als ablösbarer fester Geldrenten untersagen: Preußen Abl.G. 21/3 1850 § 91; Nassau Abl.G. 15/2 1872 § 13; Schleswigholstein Abl.G. 3/1 1873 § 54; Kurhessen Abl.G. 23/7 1876 § 25; Hohenzollern Abl.G. 28/5 1860 § 18. Nur ablösbare Reallasten dürfen neu errichtet werden nach Sachsen Abl.G. § 54. 55; Oldenburg St.Gr.G. Art. 59. 5; Braunschweig Abl.G. 20/12 1834 Art. 5; Sondershausen Abl.G. 8/4 1850 Art. 4; Reuß ä. L. V.U. § 32; Reuß j. L. V.U. § 24.

[1] Duncker, R.L. § 24; Heimbach R.L. 91. Gesetz und Gewohnheit waren namentlich Grundlage der Zehntverpflichtung Friedlieb, R.L. § 19, 1.

[2] Roth, Bayr. C.R. (1) § 170, 2. Ohne Angabe von Gründen zieht dieß in Abrede Gerber, P.R. § 170, 3. Ausdrücklich anerkannt ist aber die Zulässigkeit im Preußischen Recht H.O. 20/12 1783 I. § 48, Konk.O. 8/5 1855 § 49, und im Bayrischen Recht Roth, Bayr. C.R. (1) § 170, 2.

[3] Die letztere wird dem Vertrag gleichgestellt, und es sind die Voraus-

Digitized by Google

Voraussetzungen die Begründung von Reallasten durch Privatdisposition als zuläßig anzusehen sei, sind die Meinungen getheilt. Die eine Classe erklärt die Neubegründung von Reallasten überhaupt für unzuläßig [4], oder läßt sie nur für eine bestimmte Classe von Reallasten zu [5]. Die andere Classe unterscheidet nicht nach dem Inhalt der Reallast, sondern nach der Form der Errichtung. Und zwar erklärt sich die eine Meinung von der Voraussetzung ausgehend daß nach früherem Recht die Constituirung von Reallasten nur durch gerichtliche Auflassung habe erfolgen können dahin, daß die Neubegründung von Reallasten nur da zuläßig sei, wo nach dem Landesrecht gerichtliche Auflassung oder eine diese ersetzende Form gegeben sei [6], oder daß sie allgemein einen qualificirten Vertrag nämlich richterliche Bestätigung voraussetze [7]. Diese Annahmen sind sämmtlich ungenügend. Unsere Landesrechte schreiben für die Begründung von Reallasten keine besonderen Formen vor, sondern lassen für dieselben die für Begründung dinglicher Rechte vorgeschriebenen Formen gelten [8]. In den Rechts-

setzungen für beide Begründungsarten die gleichen Stobbe, P.R. § 103, 7; Beseler, P.R. § 190, 9.

[4] Renaud, R.L. 104—110. Diese Annahme widerspricht dem geltenden Rechtszustand. Nur nach französischem Recht ist die Constituirung von Reallasten ausgeschlossen.

[5] Eichhorn, P.R. § 163, 164 will unbeschränkte Neubegründung nur bei solchen Reallasten zulassen, bei welchen der Berechtigte Proprietätsrechte an der Sache hat. Eine andere Meinung will die Neubegründung nur für die durch Gesetz oder Gewohnheit als solche anerkannten Reallasten zulassen Duncker, Z. f. D. R. XI. 483; Unger, Ö. P.R. § 63, 49; Erk. Celle 13/6 1856 Sf. XI. 273. Nach einer dritten Ansicht gilt das Princip der freien Radicirung, daß nämlich jede mögliche Leistung als Reallast constituirt werden kann, soweit nicht ein specielles Verbot entgegensteht Maurenbrecher, P.R. § 323, 10. Dieß ist der Standpunkt des Bayrischen Rechts Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 48 und § 170, 12. 13; Sachsen B.G.B. § 505. In den meisten Rechtsgebieten ist die Neuerrichtung von Reallasten gesetzlich beschränkt vgl. oben § 284, 28.

[6] Dieser Ansicht sind Mittermair, P.R. § 196, 8; Duncker, R.L. § 26; Beseler, P.R. § 190, 9.

[7] Diese Ansicht hat später Duncker, Z. f. D. R. XI. 450 ausgeführt. Ihr schließen sich an Heimbach, R.L. 105; Gengler, Lehrbuch § 71, 32; Gerber, P.R. § 170, 4; Stobbe, P.R. § 103, 6.

[8] Dieß galt namentlich nach früherem Sächsischem Recht Müller, Beiträge § 4, 4. Nach Bayrischem Recht ist notarielle Errichtung erforderlich Roth, Bayr. C.R. (1) § 170, 15.

Digitized by Google

gebieten, welche die gerichtliche Auflassung recipirt haben, ist Eintragung der Reallasten in das Grundbuch theils zur Entstehung theils zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich [9].

3. Durch Zeitablauf. Ebenso bestritten ist die Frage, ob Neubegründung von Reallasten durch Zeitablauf möglich sei. Während die eine Classe Begründung durch erwerbende Verjährung für unzuläßig erklärt und nur den Schutz eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden Quasibesitzes anerkennt [10], läßt die andere Classe die Ersitzung zu, unterscheidet sich aber in der Bestimmung der Voraussetzungen, indem die eine Meinung die Regeln der ordentlichen [11] die andere die der außerordentlichen Ersitzung für anwendbar hält [12], und eine dritte Meinung die Regeln der außer-

[9] Zur Entstehung der Reallast ist Eintragung in das Grundbuch erforderlich nach Sachsen B.G.B. § 506; Altenburg H.O. § 13; Reuß j. L. H.O. § 12; Reuß ä. L. H.O. § 15; Meiningen G.B.G. Art. 1; Anhalt G.E.G. § 2, 17; Rudolstadt H.O. § 3; Hamburg H.O. § 27; Lübeck H.O. § 29; Mecklenburg St.B.O. § 1. 2. 11; Braunschweig E.E.G. § 14; Oesterreich A.B.G.B. § 445 Unger, Ö.P.R. § 63, 26. Nur zur Wirksamkeit gegen Dritte schreiben die Eintragung vor Pr. E.E.G. § 12; Württemberg Pf.E.G. Art. 15. 44 Lang, S.R. § 134, 8; Weimar Pf.G. § 137; zur Erhaltung der Priorität gegenüber den Hypothekgläubigern Bayern E.G. zum H.G. 1/6 1822 § 7; Es ist Einwilligung der Hypothekgläubiger nur insofern erforderlich, als in Ermanglung derselben später eingetragene Reallasten den früher eingetragenen Hypotheken im Rang nachstehen. Vgl. unten § 286, 9. Einzelne Rechte machen jedoch die Eintragung allgemein von Einwilligung der Hypothekgläubiger abhängig Sachsen B.G.B. § 421; Mecklenburg R.R.H.O. § 8 Nr. 2.

[10] Friedlieb, R.L. § 66; Mittermair, P.R. § 196, 18; Gengler, Lehrbuch § 71, 33; Gerber, P.R. § 170, 8; Beseler, P.R. § 190, 7; Erk. Celle 24/3 1861 Sf. XV. 40; 14/7 1868 Sf. XXXIII. 199. Stobbe, P.R. § 103, 12 nimmt an, daß dieser Grundsatz beim Mangel entgegenstehender Vorschrift zur Anwendung komme. Sachsen B.G.B. § 506, 512 schließt für Reallasten die Ersitzung aus.

[11] Heimbach, R.L. 113; Maurenbrecher, P.R. § 323, 12; Unger, Ö. P.R. § 63, 29; Erk. Darmstadt 10/1 1833 Sf. III. 192. Dieß gilt auch nach Pr. L.R. II. 7. 144 Dernburg, Pr. P.R. I. § 307, 3, dann nach Württembergischem Recht Reyscher, P.R. § 156, 15, dem von Darmstadt Präj. 149 Sf. III. 192 und Oesterreich A.B.G.B. § 1469; Unger, Ö. P.R. § 63, 29; Randa, Besitz § 24, 39. Hiernach gelten die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung und nur in Ermanglung eines Titels wird außerordentliche Ersitzung zugelassen.

[12] Diese halten immer für erforderlich Erk. Cassel 19/5 1840 Sf. VI. 232; Lübeck 30/9 1854 Sf. IX. 201; Wolfenbüttel 1862 Sf. XVII. 83;

Digitized by Google

ordentlichen Ersitzung für die als Modifikationen des Grundeigenthums erscheinenden Reallasten, die der unvordenklichen Verjährung für die auf einem Subjektionsverhältniß beruhenden Reallasten zur Anwendung bringt [13].

Die Reallasten erlöschen:

1. Durch Untergang des belasteten Objekts [14] und Consolidation [15], nicht aber durch Dereliktion [16].

2. Durch Ausfallen bei Zwangsverkauf gegenüber eingetragenen Hypotheken, welche zeitlich der Reallast vorgehen [17].

3. Durch vertragsmäßige [18] oder gesetzliche [19] Umgestaltung oder Aufhebung.

Celle 13/10 1857 T.E. III. 62; 4/10 1859 T.E. V. 2; Kiel 1876 Anz. 76, 267. Auf das gleiche Resultat kommen Duncker, R.L. § 29 und Renaud, R.L. 110, indem sie Schutz im Besitz durch Verjährung der actio negatoria annehmen. Dieser Ansicht schließt sich an Erk. Kiel 17/2 1871 Anz. 71, 105.

[13] Eichhorn, P.R. § 163 f.; Savigny, System IV. 514. Nach Bayrischer Praxis werden die Regeln der außerordentlichen Ersitzung auf die in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehenden Reallasten die der unvordenklichen Verjährung auf diejenigen Reallasten angewendet, bei denen dieß nicht der Fall ist Roth, Bayr. C.R. (1) § 170, 20. 21. Auf dem gleichen Standpunkt steht die kurhessische Praxis Platner, S.R. § 63, 11.

[14] Mittermair, P.R. § 198, 3.

[15] Duncker, R.L. § 30; Mittermair, P.R. § 198. I; Sachsen B.G.B. § 508.

[16] Dieß folgt aus dem dinglichen Charakter der Leistung. Die Annahme, daß die Reallasten Obligationen seien, führt consequent zu dem entgegengesetzten Resultat.

[17] Erk. Celle 11/5 1869 Sf. XXIV. 195; Roth, Bayr. C.R. (1) § 172, 11; Sachsen B.G.B. § 519.

[18] Duncker, R.L. § 31; Friedlieb, R.L. 345; Sachsen B.G.B. § 508.

[19] Hieher gehören die in den einzelnen Rechtsgebieten erschienenen Ablösungsgesetze. Es sind dieß folgende: Preußen Ges. 2/3 1850 Ablösung der Reallasten mit Ges. 27/4 1872 Ausdehnung auf Pfarreien und Stiftungen; Schleswigholstein Ges. 3/1 1873 Ablösung der Reallasten; Hannover V. 28/7 1867 und 3/4 1869 Ablösung der Reallasten des Fiskus; 25/4 1874 Ausdehnung auf Pfarreien; 2/7 1876 Ablösung der Erbpachten in den Moorkolonieen; Kurhessen Gesetze 23/6 1832 und 20/7 1850 Ablösung der Reallasten; 23/7 1876 Ausdehnung auf Pfarreien; 26/8 1848 Aufhebung des Leiheverbandes; Nassau Ges. 24/12 1848, 14/4 1849 und 15/2 1872 Ablösung der Reallasten; 5/4 1869 Verwandlung der Erbleihe in Eigenthum; Hohenzollern Ges. 28/5 1860 Ablösung der Reallasten; Bayern Ges. 6/4 1848

Digitized by Google

4. Durch Verjährung. Ob Reallasten durch Zeitablauf erlöschen können ist bestritten, indem die eine Meinung nur Verjährung der Klage auf die einzelne Leistung und Berufung auf die Nichtleistung seit unvordenklicher Zeit für zulässig hält[20], während die andere Meinung zwar die erlöschende Verjährung zuläßt, hinsichtlich der Voraussetzungen aber verschiedene Richtungen verfolgt, indem die einen dreißigjährigen Nichtgebrauch für genügend[21]

---

und 28/4 1872 Ablösung der Reallasten; Sachsen Ges. 17/3 1832, 12/7 1846 und 15/5 1851 Ablösung der Reallasten; Württemberg Ges. 4/4 1848 und 18/6 1849 Ablösung der Reallasten; 21/4 1849, 9/8 1862 Allodifikation der Erb- und Schupflehen. Hessen-Darmstadt Ges. 27/6 1836 Ablösung der Geld- und naturalen Renten; Ges. 6/5 1852 Ablösung der Grundrenten; 6/8 1848 Verwandlung der Erbleihen in Eigenthum; Weimar Ges. 28/4 1869 Ablösung der Reallasten und Dienstbarkeiten; Oldenburg Gesetz 11/2 1851 Ablösung der auf Grund und Boden haftenden Lasten; Braunschweig Ges. 20/12 1834 Ablösungsordnung; 23/4 1867 Ablösung der auf dem Kirchen- und Schulverband ruhenden Abgaben; Meiningen Ges. 5/5 1850 und 21/11 1874 Ablösung von Grundlasten; Altenburg Ges. 16/2 1849 Ablösung der Naturalabgaben; 10/9 1852 Ablösung des Zehnt; Gotha Ges. 5/11 1853 Ablösung von Grundlasten; 4/3 1876 Ablösung von Abgaben an Kirchen; Coburg Ges. 25/1 1849 Ablösung der Grundlasten; Anhalt Ges. 8/1 1850 Ablösbarkeit der Grundabgaben; 26/3 1850 Ablösung der Zehnten; Ges. 19/2 1873 Ablösbarkeit der feststehenden Geldabgaben und Renten; Rudolstadt Ges. 27/4 1849, Ablösung der Frohnen, Lehen und Zinsen; Sondershausen Ges. 8/4 1850 Ablösung der Reallasten; 12/2 1872 Ablösung der den Kirchen zustehenden Reallasten; Waldeck Ges. 20/11 1848 Ablösbarkeit gutsherrlicher Abgaben; 2/2 1870 Ablösung der den Kirchen zu leistenden Abgaben; Reuß ä. L. Ges. 10/6 1873 Ablösung von Grund- und Naturalabgaben; Reuß j. L. Ges. 23/3 1838 für Gera Ablösung von Reallasten ausgedehnt auf ganz Reuß j. L.; Schaumburg V. 24/10 1845 Ablösung der Zehnten und Reallasten; 26/4 1870 Ablösung der Reallasten und Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes; 13/12 1873 Ablösung der Leistungen aus Erbpacht; Detmold Ges. 4/9 1838 Ablösungsordnung; Bremen Ges. 5/7 1850 Ablösungsordnung; 8/7 1870 Ablösungsordnung; 27/3 1877 Ablösung der den Pfarreien zustehenden Abgaben; Hamburg Ges. 25/6 1849 Ablösungsordnung für Ritzebüttel; 20/9 1849 Ablösungsordnung für Bergedorf; Oesterreich Patent 7/9 1848.

[20] Friedlieb, R.L. § 90; Mittermair, P.R. § 198, 9; Beseler, P.R. § 191, 16; Gerber, P.R. § 172, 5; Erk. Celle 19/12 1874 Sf. XXX. 285.

[21] Duncker, R.L. § 33; Heimbach, R.L. 121; Unger, Ö. P.R. § 13, 40. Dieser Ansicht schließen sich an: Erk. München 2/6 1849 Sf. III. 3; 4/6 1850 Sf. V. 6; 27/2 1857 Bl. XXIII. 79; 11/9 1860 Bl. XXVI. 252; Wolfen-

Digitized by Google

die anderen dagegen außer dem Nichtgebrauch Ersitzung der Freiheit für erforderlich halten[22].

5. Durch Ablauf der Zeit, für welche sie bestellt ist, namentlich mit dem Tod des Berechtigten bei Bestellung für seine Lebenszeit[23].

---

§ 286.

III. Inhalt.

Die Reallast als Berechtigung[1] kann dauernd mit einem Immobile verbunden sein[2], oder einer physischen[3] oder juristischen Person[4] zustehen. Die Reallast als Ganzes haftet auf dem ganzen Grundstück und ist untheilbar[5]. Verpflichtet ist der Eigen-

---

büttel 20/6 1856 Sf. XXXIII. 242. Sie ist recipirt Pr. L.R. I. 9. 509; Baden L.R. Art. 710 a b und 710 c c; Oesterreich A.B.G.B. § 1480.

[22] Maurenbrecher, P.R. § 324, 5; Erk. Stuttgart Sf. I. 185; München 13/9 1828 Sf. II. 13; 16/7 1849 Sf. III. 138; Celle 3/10 1854 Sf. IX. 117; Wiesbaden 2/11 1853 Sf. IX. 323; Wolfenbüttel 5/11 1841 Sf. XVII. 83; Darmstadt 1/2 1862 Sf. XX. 154; Lübeck 16/10 1875 Sf. XXXIII. 330.

[23] Müller, Beiträge 32. Nach Pr. Gr.B.O. § 102 erfolgt die Löschung mit dem Tod des Berechtigten, und wenn die Möglichkeit von Rückständen gegeben ist, nach Ablauf eines Jahres nach dem Tod Förster Eccius § 188, 97.

[1] Für das Recht auf die Reallast findet sich keine allgemein anerkannte technische Bezeichnung. Gewöhnlich braucht man auch für die aktive Berechtigung den Ausdruck Reallast Duncker, R.L. 60, 90; Wächter, W. P.R. II. § 48, 24; Unger, Ö. P.R. § 63, 42.

[2] Mittermair, P.R. § 173, 17; dieß findet sich namentlich in Bayern Roth, Bayr. C.R. (1) § 171, 24.

[3] Unger, Ö. P.R. § 63, 44. Die Berechtigung kann hier auf Grund einer amtlichen Befugniß gegeben sein, wobei demnach die Legitimation des Berechtigten durch seine amtliche Stellung begründet wird Mittermair, P.R. § 173, 17. In Bayern werden Besoldungen und Pensionen standesherrlicher Beamten nach constanter Praxis zu den Reallasten gerechnet Roth, Bayr. C.R. (1) § 171, 25. In der Regel ist der Anspruch aus der Reallast ein gewöhnliches Vermögensrecht.

[4] Roth, Bayr. C.R. (1) § 173, 26.

[5] Renaud, R.L. 91; Mittermair, P.R. § 174, 31. In die Theilung muß der Berechtigte einwilligen Pr. L.R. I. 18. 755. 756; Pr. Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 93; Baden L.R. Art. 710 fi. Bei unconsentirter Theilung haftet die Reallast auf jedem einzelnen Theil Erk. München 16/11 1866 Sf.

Digitized by Google

thümer des belaſteten Grundſtücks [6]. Sie geht auf jeden Erwerber des belaſteten Objekts über [7], und zwar auch bei Zwangsverkauf [8], wobei jedoch ſpäter beſtellte Reallaſten ſolchen Hypotheken, die zur Zeit der Beſtellung der Reallaſt bereits beſtanden, dann nachſtehen, wenn die betreffenden Hypothekgläubiger nicht in die Beſtellung der Reallaſt eingewilligt haben [9]. Ob ſich die Dinglichkeit auch auf die einzelne fällige Leiſtung erſtrecke, iſt in Geſetzgebung und Praxis ebenſo beſtritten wie in der Theorie, indem nach der einen Anſicht auch die einzelne Leiſtung einen dinglichen Charakter hat, ſo daß alle Rückſtände gegen den jeweiligen Eigenthümer geltend gemacht werden können [10], während nach der an-

---

XXII. 111; werden Stücke wegverkauft, ſo bleibt die Reallaſt auf den veräußerten Stücken haften Erk. Darmſtadt Sf. XXVI. 48; Erk. Glückſtadt 19/10 1858 Anz. 59. 220. Nach Sachſen B.G.B. § 513 und Gotha Geſ. 14/3 1873 § 3 werden theilbare Reallaſten auf die einzelnen Theile vertheilt, ohne daß es der Zuſtimmung des Berechtigten bedürfte. Es galt dieß ſchon nach älterem Sächſiſchen Recht Müller, Beiträge 32, 4 und wird angenommen Erk. Kiel 13/9 1879 Anz. 79, 332.

[6] Sachſen B.G.B. § 505; Oeſterreich A.B.G.B. § 443; Müller, Beiträge 4, 4; Gerber, P.R. § 169, 2. Da ausnahmsweiſe auch dem Nutzungsberechtigten die Verpflichtung obliegen kann, ſo iſt Stobbe, P.R. § 102, 2 darin beizuſtimmen, daß in dem einzelnen Fall zu unterſuchen iſt, ob der Eigenthümer oder der Beſitzer verpflichtet ſein ſoll.

[7] Förſter Eccius § 188, 29; Unger, Ö. P.R. § 63, 24; Oeſterreich A.B.G.B. § 443.

[8] Friedlieb, R.L. 248; Unger, Ö. P.R. § 63, 25; Stobbe, P.R. § 102, 30; Müller, Beiträge § 3, 1.

[9] Pr. E.E.G. § 47, 2; Achilles, Geſ. 275, 7c; Förſter Eccius § 188, 52; Bayern Einf.Geſ. zum H.G. § 7 Roth, Bayr. C.R. (1) § 171, 5; Sachſen B.G.B. § 519; Altenburg H.O. § 109. 110; Reuß ä. L. H.O. § 105. 106; Reuß j. L. H.O. 107. 108. Die Hypothekgläubiger können verlangen, daß im Fall der Inſufficienz das Objekt ohne die Reallaſt zum Verkauf komme Erk. Celle 11/5 1869 Sf. XXIV. 195; Meibom, H.R. 201.

[10] Dieſe Anſicht vertreten Duncker, R.L. § 36; Renaud, R.L. 95, 221; Heimbach, R.L. 73; Gengler, Lehrbuch § 75, 37; Erk. Roſtock 7/4 1862 Sf. XVII. 85. Geſetzlich anerkannt iſt dieß Sachſen B.G.B. § 510; Weimar Geſ. 21/11 1836; Lübeck V. 25/3 1848 § 1; Oeſterreich A.B.G.B. I § 305, 6, und es wird für das Preußiſche Recht angenommen von Förſter Eccius § 188, 63 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 305, 6. Die Haftung des Singularſucceſſors für die Rückſtände war im gemeinen Sächſiſchen Recht anerkannt Erk. Dresden 1846 Emminghaus 133 Nr. 127; Bericht der Weimariſchen Regierung 6/10 1836 Emminghaus 131 Nr. 122. Auch das Bayriſche Geſetz 21/4

Digitized by Google

deren Ansicht die einzelne fällige Leistung nur als persönliche Verbindlichkeit des jeweiligen Eigenthümers erscheint, so daß also der Singularsuccessor für die Rückstände seines Vorgängers nicht in Anspruch genommen werden kann [11], und der Eigenthümer für die während der Dauer seines Eigenthums verfallenen Leistungen persönlich haftet [12]. Diese letztere Auffassung ist jetzt durch Gesetzgebung und Praxis in mehreren Rechtsgebieten recipirt [13]. Für die Berechtigung wird Rechtsbesitz angenommen [14]. Der Berech-

---

1884 über die Landeskulturrentenanstalt erkennt Art. 8 die Haftung des Singularsuccessors für die Rückstände an.

[11] Diese Ansicht vertreten Wächter, Erörterungen I. 127 und W. P.R. II. § 48; Häberlin, R.L. 162; Friedlieb, R.L. 330; Beseler, P.R. § 190. III. 6; Gerber, P.R. § 171, 3; Unger, Ö. P.R. § 63, 32.

[12] Er wird also auch nicht durch Dereliction von der Haftung für die während seines Besitzes verfallenen Leistungen befreit Wächter, W. P.R. II. 314; Unger, Ö. Pr.R. § 63, 32. Die Annahme der Dinglichkeit der einzelnen Leistung hat zur Folge, daß Befreiung des Eigenthümers bei Dereliction angenommen werden muß Duncker, R.L. § 36, 279; Mittermair, P.R. § 173, 30.

[13] Ganz befreit von der Haftung für die Rückstände ist der Singularsuccessor nach Baden L.R. § 710. fh. Die Befreiung wird angenommen nach dem Recht von Kurhessen Platner, Sachenrecht § 63, 6; Hannover Erk. Celle 6/1 1876 Sf. XXXV. 145; Württemberg Wächter, Erörterungen I. 127 und Schleswigholstein Erk. Kiel 1876 Anz. 1877. 115. In Bayern galt Befreiung des Singularsuccessors bei allen Reallasten mit Ausnahme des Ewiggeldes Roth, Bayr. C.R. (1) § 171, 9—22; neuerdings ist durch die Gesetzgebung die Haftung des Singularsuccessors in einem einzelnen Fall anerkannt oben Note 10. Eine Mittelstellung nehmen die Rechte von Braunschweig und Altenburg ein, indem nach Braunschweig E.E.G. 8/3 1878 § 19 der Singularsuccessor für zweijährige und nach Altenburg V. 23/12 1858 der Singularsuccessor für dreijährige Rückstände haftet, während für die übrigen Rückstände eine Haftung desselben nicht gegeben ist.

[14] Vgl. oben § 226, 54. 83. 90. Es wird dieß auch von denjenigen anerkannt, welche in der Reallast nicht ein dingliches Recht sondern eine mit einem Immobile in Verbindung stehende Obligation sehen z. B. Savigny, der Obligationenrecht I. 134 die Berechtigung, bei der Reallast als obligatorische bezeichnet, gleichwohl Besitz 505 dem Reallastberechtigten Besitz zuschreibt. Mit Recht heben Windscheid § 464, 5 und Randa, Besitz § 24, 38 hervor, daß die allgemeine Anerkennung der Möglichkeit des Rechtsbesitzes von Reallasten bei denjenigen, welche die Zuläßigkeit des Rechtsbesitzes an dauernden Obligationen nicht anerkennen wollen, die Anerkennung der dinglichen Natur der Reallasten voraussetze. Daher erklärt auch Gerber, Abhand-

Digitized by Google

tigte kann nicht nur die einzelne Leistung geltend machen, sondern auch über die Reallast als Ganzes verfügen; er kann sie daher, soweit sie überhaupt [15] und soweit sie selbstständig veräußerlich ist [16], an ein anderes Rechtssubjekt übertragen [17] und sie umgestalten [18]. Uebergang auf ein anderes Rechtssubjekt durch erwerbende Verjährung ist nicht zulässig [19].

§ 287.

IV. Rechtsmittel.

Zum Schutz der Reallasten sind die possessorischen Rechtsmittel gegeben [1]. Die einzelnen Leistungen werden nach der einen Ansicht mit der dinglichen Klage [2], nach der anderen mit der persönlichen Klage [3] verfolgt. Für Anerkennung des Rechts als

---

lungen 263 den Rechtsbesitz bei Reallasten für eine äußerliche und willkürliche Zuthat. Nach dem Sächsischen B.G.B. § 512 ist bei Reallasten Rechtsbesitz nicht gegeben.

[15] Unzulässig ist Uebertragung einer an die Person gebundene Reallast und der mit einem Amt verbundenen Ansprüche Duncker, R.L. § 35, 264; Heimbach, R.L. 118.

[16] Die aktiv mit einem Immobile verbundenen Reallasten sind nicht selbstständig veräußerlich Duncker, R.L. § 35, 266; Heimbach, R.L. 118.

[17] Es sind dabei die für die Begründung vorgeschriebenen Formen zu beobachten Duncker, R.L. § 35; Renaud, R.L. § 9; Heimbach, R.L. § 117. Andere halten bloße Cession für genügend Gerber, P.R. § 179, 10; Stobbe P.R. § 103, 15.

[18] Er kann sie namentlich der Ablösung unterwerfen; vgl. oben Note 19.

[19] Die in c. 1 in VI° (2. 13) bestimmte Möglichkeit translativer Ersitzung kirchlicher Zehnten ist auf andere Reallasten nicht auszudehnen Duncker, R.L. 164; Renaud, R.L. 120; andere halten diese Ausdehnung für zulässig Eichhorn, P.R. § 165g; Maurenbrecher, P.R. § 325, 8.

[1] Duncker, R.L. § 22, 3; Unger, Ö. P.R. § 63, 28; Randa, Besitz § 30; Erk. Jena 1839 Sf. XVI. 176; Darmstadt 20/11 1855 Sf. XIX. 55. Vgl. oben § 229, 17. 21. 105.

[2] Dieser Ansicht sind: Duncker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Maurenbrecher, P.R. § 322; Gengler, Handbuch § 75, und sie ist angenommen in der Preußischen Praxis Dernburg, Pr. P.R. I. § 308, 5.

[3] Dieser Ansicht sind: Wächter, Erörterungen I. 127; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 168; Friedlieb, R.L. 325; Gerber, P.R. § 171, 2; Stobbe,

Digitized by Google

Ganzes ist dem Berechtigten die confessorische Klage [4] zum Schutz gegen die Anmaßung dem Verpflichteten die negatorische Klage gegeben [5]. Eine davon abweichende Meinung will dem Berechtigten zur Geltendmachung des Rechts als Ganzem nur eine persönliche Klage (Präjudicialklage) geben [6].

Titel II.

Die einzelnen Reallasten.

§ 288.

Die Bestellung von Reallasten ist an sich nicht auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art beschränkt; ihr Inhalt kann so mannigfaltig sein als die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung. Jetzt sind die meisten der in der früheren Zeit sich findenden Reallasten in Folge der Umgestaltung der wirthschaftlichen Verhältnisse auf dem Weg der Gesetzgebung beseitigt, und die Neu-

P.R. § 102, 23; Unger, Ö. P.R. § 63, 35, und für das Sächsische Recht Müller, Beiträge § 6, 4.

[4] Duncker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Heimbach, R.L. 87; Häberlin Z. f. D. R. XVIII. 168; Gengler, Lehrbuch § 75; Unger, Ö. P.R. § 63, 30; Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109; Wolfenbüttel 10/9 1856 Sf. XXIV. 160; Förster Eccius § 188, 36; Platner, S.R. § 63, 13.

[5] Duncker, R.L. § 23, 167; Renaud, R.L. 100; Heimbach, R.L. 91; Stobbe, P.R. § 102, 25; Erk. München 3/8 1852 Bl. XVIII. 240; Cassel 29/4 1837 Platner, S.R. § 63, 18.

[6] Gerber, P.R. § 171, 4; Friedlieb, R.L. 232. Stobbe, P.R. § 103, 20 gibt zu, daß zur Geltendmachung des Rechtes im Ganzen nach constanter Praxis die Servitutenklage als actio confessoria utilis Anwendung finde, und hält dieß für gerechtfertigt, da es dem Wesen des Rechtsverhältnisses entspreche, daß durch das Urtheil in dem Proceß definitiv die Verpflichtung des jedesmaligen Besitzers des Guts geregelt werde, während das Urtheil in einem Präjudicialstreit nur die Universalsuccessoren nicht die Singularsuccessoren binde. Mit dem Zugeständniß, daß das Wesen der Reallasten die Geltendmachung des Rechts als ganzem durch die dingliche Klage mit Nothwendigkeit voraussetze, ist der Auffassung der Reallasten als obligatorischer Rechte der Boden entzogen. Da unser Recht Obligationen, die mit einer dinglichen Klage verfolgt werden nicht kennt, so kann ein Anspruch, zu dessen Verfolgung die dingliche Klage dient, auch nicht als Obligation definirt werden.

Digitized by Google

constituirung von Reallasten theils ganz ausgeschlossen, theils von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht[1], so daß die Zahl der Reallasten sehr reducirt ist. In dem jetzt geltenden Recht finden sich hauptsächlich folgende:

I. Grundabgaben[2]. Die Grundabgaben kamen früher theils als Gegenleistungen theils als Reallasten vor. Die ersteren sind die bei Uebertragung des Nutzeigenthums von Seite des Eigenthümers vorbehaltenen Abgaben[3], die ursprünglich nur eine persönliche Verbindlichkeit des Nutzeigenthümers begründeten, im Lauf der Zeit aber vielfältig in Reallasten verwandelt wurden[4]. Nach der Art der Entstehung unterschied man früher die Grundabgaben in vorbehaltene und auferlegte[5], welche Unterscheidung jetzt ihre praktische Bedeutung verloren hat. Die Grundabgaben können in Geld- oder Naturalabgaben bestehen; eigenthümlich ist bei ihnen, daß der Umfang der Leistung fixirt und nicht von dem Ertrag des belasteten Gutes abhängig ist. Daher ist die Verpflichtung zur Leistung nicht von dem wirklichen Ertrag bedingt, und bei Mißwachs ein Anspruch auf Remission nicht an sich gegeben[6].

---

[1] Vgl. oben § 284, 27. 28.

[2] Vgl. Seuffert, Baurecht 74; Duncker, R.L. § 17. 43; Friedlieb, R.L. § 71; Eichhorn, P.R. § 252; Mittermair, P.R. § 175; Maurenbrecher, P.R. § 338; Gerber, P.R. § 189; Beseler, P.R. § 192; Gengler, Lehrbuch 308, P.R. § 78; Stobbe, P.R. § 136. II.

[3] Es gehören dahin der Canon bei der Emphyteusis, die Verpflichtung zu Lehendiensten u. a. Mit Recht wird von Duncker, R.L. § 26 Nr. 1 und § 48 und Unger, Ö. P.R. § 63, 4 hervorgehoben, daß solche Gegenleistungen nur als persönliche Verbindlichkeiten anzusehen seien. Früher wurden sie allgemein den Reallasten zugezählt z. B. von Eichhorn, P.R. § 253. I., der gerade darin die Hauptfälle der vorbehaltenen Zinsen sah. Gegen die Auffassung als Reallast s. Erk. Rostock 3/5 1869 Sf. XXVIII. 203. Vgl. oben § 284, 9.

[4] Mit Aufhebung des grundherrlichen Verbandes sind diese Abgaben, auch wo ihre Eigenschaft als persönliche Verpflichtung anerkannt war, in Reallasten verwandelt Roth, Bayr. C.R. (1) § 174, 6.

[5] Es fällt diese Unterscheidung nicht mit der oben Note 3 aufgeführten zusammen, sondern bezieht sich auf die Constituirung der Abgabenpflicht von Gütern die im Eigenthum stehen Gengler, P.R. § 78 Nr. 3. Die Unterscheidung hat jetzt ihre praktische Bedeutung verloren Stobbe, P.R. § 104, 4.

[6] Mittermair, P.R. § 179, 15; Eichhorn, P.R. § 253d; Roth, Bayr. C.R. (1) § 174, 6.

Digitized by Google

Bei Grundabgaben, die in Naturalien zu leisten sind, richtet sich die Qualität der Leistung nicht nach dem Erträgniß des verpflichteten Gutes, sondern nach allgemeinen Grundsätzen [7]. Die Leistung erfolgt in dem durch Vertrag oder Uebung bestimmten Termine [8]. Für die Beitreibung gelten die für Beitreibung von Forderungen überhaupt anwendbaren Grundsätze [9]. Zu den Grundabgaben gehören auch die Forstrechte [10], da das Beholzigungsrecht auch als Reallast constituirt sein kann [11]. Von Manchen wird dieß als Regel angesehen, indem alle Fälle hieher gerechnet werden, in welchen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine Handlung vorzunehmen oder eine Gegenleistung zu empfangen hat [12], und es wird in diesen Fällen das Rechtsverhältniß als Reallast [13], oder als ein eigenthümliches von den gemeinrechtlichen Servituten zu unterscheidendes Rechtsverhältniß (deutschrechtliche

---

[7] Erk. Rostock 7/4 1868 Sf. XXIV. 256. Vielfach wird angenommen, daß die Qualität insoferne nach dem Gutserträgniß sich richte als der Pflichtige bei Leistung die mittlere Qualität der auf dem Gut gezogenen Früchte zu Grund zu legen habe Stobbe, P.R. § 136, 33. Allein dem steht entgegen, daß die Leistung von der Fruchtziehung auf dem pflichtigen Gut überhaupt unabhängig ist.

[8] Nach einzelnen Rechten hat der Berechtigte die Leistung abzuholen (Gattergilt), es muß dieß jedoch besonders festgesetzt sein Stobbe, P.R. § 136, 32; Roth, Bayr. C.R. (1) § 174, 4.

[9] Nach früherem Recht war dem Berechtigten das Selbstpfändungsrecht gegeben, was durch die neuere Gesetzgebung allgemein beseitigt ist. Ebenso ist die Verdoppelung des Zinses bei Nichtzahlung (Rutscherzins) nicht mehr in Geltung Stobbe, P.R. § 136, 40; Gengler, P.R. § 78 Nr. 5.

[10] S. die Literatur oben § 281, 1; Roth, Bayr. C.R. (1) § 175.

[11] Erk. Wiesbaden 26/3 1852 Sf. VII. 42; München 14/3 1846 Arnold, Erörterungen 575; 11/12 1848 Bl. XVII. 239; 17/3 1862 Bl. XXVII. 378; 3/3 1868 Bl. XXXIII. 394; 29/2 1871 Sammlung 1. 299; Rostock 4/7 1862 Budde IV. 167.

[12] Würde es als Unterscheidungsmerkmal des jus lignandi als Servitut anzuerkennen sein, daß der Berechtigte das Holz selbst zu fällen habe, so würde ein Beholzungsrecht als Servitut kaum irgendwo in Deutschland vorkommen, da regelmäßig der Verpflichtete das Holz zu fällen und dem Berechtigten anzuweisen hat; die Gegenleistung besteht in einer Geldabgabe für die Fällung und Anweisung Roth, Bayr. C.R. (1) § 175, 1. 2.

[13] Mittermair, P.R. § 171, 2; Hillebrand, P.R. § 74, 3; Erk. München 4/6 1850 Sf. V. 6; 23/10 1874 Sammlung V. 46.

Digitized by Google

Servitut erklärt[14], wozu indessen vom Standpunkt der Servitutenlehre aus keine Veranlassung gegeben ist[15]. Das Beholzigungsrecht als Reallast unterscheidet sich von dem Beholzigungsrecht als Dienstbarkeit darin, daß es als Leistung auf ein Immobile ohne Rücksicht auf den Waldbestand desselben gelegt ist[16].

II. Der Rentenkauf[17]. Der Rentenkauf war im Mittelalter ein über ganz Deutschland verbreitetes Institut, das durch die Gesetzgebung sowohl des Reichs als der Landesrechte ausgebildet war. Dieses im Mittelalter sehr verbreitete Geschäft, welches die Stelle unserer hypothekarischen Darlehen einnahm, wird von den einen auf die Häuserleihe ein dem gutsherrlichen ähnliches in allen größeren Städten im Mittelalter sich findendes Verhältniß zurückgeführt[18], während die anderen darin eine selbst-

---

[14] Mittermair § 171, 2; Erk. Wolfenbüttel 5/7 1859 Sf. XIV. 117; München I7/3 1862 Bl. XXVII. 379; Celle 25/2 1871 Sf. XXV. 257; Darmstadt 8/4 1873 Sf. XXIX. 12; 1/7 1873 XXIX. 14. f. gegen diese Auffassung Roth, Bayr. C.R. (1) § 175, 11.

[15] Vgl. oben § 281, 10. Damit stimmt das Bayrische und Preußische Landrecht überein. In dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts wird das Recht Holz um ein Anweisgeld aus einem Wald zu beziehen nach constanter Praxis als Servitut aufgefaßt. A. E. 4/10 1853 Arends V. 364; Erk. München 13/3 1866 und 28/3 1866 Bl. XXXI. 269. 368. Auch das Bayrische Forstgesetz 28/3 1852 steht auf diesem Standpunkt Roth, Bayr. C.R. (1) § 175, 13. Das Pr. L.R. I. 22. 197 führt das Beholzigungsrecht nur als Grundgerechtigkeit auf Förster Eccius § 187, 160, es kann aber nach Preußischem Recht auch die Natur einer Reallast haben Förster, Pr. P.R. § 188, 77.

[16] Pfeiffer, P.A. VIII. 177; Eichhorn, P.R. § 283; Beseler, P.R. § 195, 20; Stobbe, P.R. § 98, 36.

[17] Vgl. Stobbe zur Geschichte des Rentenkaufs Z. f. D. R. XIX. 178; Arnold, Geschichte des Eigenthums 1861; Albrecht, Gewere § 18; Duncker, R.L. § 16; Mittermair, P.R. § 283; Maurenbrecher, P.R. § 328; Gengler, P.R. § 79; Gerber, P.R. § 188; Stobbe, P.R. § 104. Bayern: Riedl, das Ewiggeldinstitut in München 1819; Auer, das Münchner Stadtrecht 1840 Einleitung 129—211; Roth, Bayr. C.R. (1) § 176—179. Hamburg: Baumeister, P.R. § 23. Lübeck: Pauli, die Wiboldsrenten 1865. Nicht hieher zu rechnen sind die Erbrenten des C. c. Art. 1909—1913, die sich von zinsbaren Darlehen nur durch ihre Unaufkündbarkeit unterscheiden, und die daher die Eigenschaft von Mobiliarforderungen haben Zachariä § 397—399.

[18] Dieß hatte schon Albrecht, Gewere 158 als Grundlage angenommen,

Digitized by Google

ständige durch das Creditbedürfniß hervorgerufene Bildung sehen[19]. Der Rentenkauf bestand in der Erwerbung einer jährlichen aus einem Grundstück zu zahlenden Rente um eine unter den Betheiligten vereinbarte Summe. Die Rente konnte ursprünglich sowohl in Naturalien[20] als in Geld bestehen. Ursprünglich war das Geschäft einseitig nicht auflöslich[21], erst die spätere Gesetzgebung gewährte dem Rentenschuldner nicht aber dem Gläubiger ein einseitiges Aufkündigungsrecht[22]. Die Rückkaufssumme konnte ursprünglich willkürlich bestimmt werden[23], später wurde jedoch ein gewisser Maßstab gesetzlich festgesetzt[24]. Die Errichtung er-

---

und der Gedanke wurde von Arnold, Geschichte des Eigenthums 88 und 134 und Pauli, Wiboldsrenten 15 weiter ausgeführt. Dagegen erklären sich Duncker, R.L. § 12; Stobbe, Rentenkauf 179 und P.R. § 104, 8. Das Richtige scheint zu sein, daß der Rentenkauf theils aus der Häuserleihe sich entwickelte, theils selbstständig sich ausbildete Roth, Bayr. C.R. (1) § 176, 4.

[19] Vielfältig nahm man früher an, der Rentenkauf sei aus dem Bestreben der Umgehung der Zinsverbote hervorgegangen, s. gegen diese Auffassung Duncker, R.L. 69; Stobbe, Rentenkauf 181. Er erscheint vielmehr als selbstständige wirthschaftliche Bildung Stobbe, P.R. § 104, 9.

[20] Die Renten waren wie die Zinse häufig in Naturalien bestimmt Arnold, Eigenthum 61 und 102. Dieß findet sich auch in München Auer, Einleitung 135 und nach Französischem Recht Zachariä § 397, 2, nicht aber in Lübeck Pauli, Wiboldsrenten 40. In Hamburg sind Naturalrenten immer reservirte Renten Baumeister, P.R. § 23, 8.

[21] Für die Rente mußte die Ablösbarkeit früher besonders stipulirt werden Auer, Einleitung 145; Pauli, Wiboldsrenten 17. Die unablösliche Rente wurde im Sächsischen Recht als ein besonderes Rechtsinstitut von der von Seite des Verpflichteten ablöslichen Rente unterschieden Müller, Beiträge 84 und 109, 10, und besteht als eisernes Capital noch im B.G.B. § 515 fort.

[22] Schon frühzeitig wurde durch die Gesetzgebung in einzelnen Rechtsgebieten dem Schuldner die Befugniß einseitiger Ablösung eingeräumt, so in Lübeck 1251 Pauli, Wiboldsrenten 17, in München von 1391 an Auer, Einleitung 145; andere Statuten s. Stobbe, P.R. § 104, 37; in einzelnen Gesetzen wurde die Neuconstituirung unablöslicher Renten untersagt, so Solmser, L.O. II. 15. 4. Dagegen ist die öfter sich findende Behauptung, daß die Ablösbarkeit reichsgesetzlich allgemein vorgeschrieben worden sei nicht begründet s. Stobbe, P.R. § 104, 38. Als auf einem gemeinrechtlichen Rechtssatz beruhend nimmt die Kündbarkeit an Erk. Jena 19/5 1836 Sf. VI. 234.

[23] Arnold, Eigenthum 225; Pauli, Wiboldsrenten 78.

[24] Auer, Einleitung 145; Stobbe, P.R. § 104, 10 und 39.

Digitized by Google

folgte theils durch Reservation[25], theils durch Auflegung[26], und setzte Einwilligung der nächsten Erben des Schuldners voraus[27]. Der Rentengläubiger hatte ein später beseitigtes Vorkaufsrecht an dem belasteten Gegenstand[28], und daher Anspruch darauf, daß bei Veräußerung seine Einwilligung eingeholt wurde[29]; ebenso stand ihm die Befugniß zu, gegen Deteriorationen des Schuldners einzuschreiten[30]. Da bei Nichtzahlung der Rente dem Gläubiger das ganze Objekt zugesprochen wurde, war es ursprünglich unzuläßig, ein Objekt mit mehreren Renten zu belegen; später wurde das Verhältniß der concurrirenden mehreren Renten geregelt[31]. Der Anspruch auf Zahlung der Rente gieng nur gegen das Immobile[32], persönliche Haftung des Rentenschuldners mußte besonders stipulirt werden[33]; der Eigenthümer haftete für die Rückstände[34], konnte sich aber durch Dereliktion von der Rentenschuld befreien[35]. Gegen den säumigen Rentenschuldner waren verschiedene Rechtsmittel gegeben, theils Einwäldigung des Objekts[36],

[25] Duncker, R.L. § 18; Pauli, Wiboldsrenten 35; Auer, Einleitung 134, 2; Stobbe, P.R. § 104, 4.

[26] Duncker, R.L. § 16. I. Die Auflegung erfolgte theils durch gerichtliche Auflassung Friedlieb, R.L. § 19, 3 und 12; Stobbe, Z. f. D. R. XIX. 186; P.R. § 104, 13, theils durch Eintragung in die Gerichtsbücher Friedlieb, R.L. § 19, 13; Stobbe, Z. f. D. R. XIX. 187 und P.R. § 104, 14, oder Ausstellung einer Urkunde Friedlieb, R.L. § 19, 8; Stobbe, P.R. § 104. 15. Dem Rentengläubiger stand eine Gewere am Zins nicht aber am Grundstück zu Stobbe, P.R. § 104, 16; Friedlieb, R.L. § 19, 4.

[27] Stobbe, Rentenkauf 195; Auer, Einleitung 131.

[28] Albrecht, Gewere 132, 276; Pauli, Wiboldsrenten 71, 179; Auer, Einleitung 136, 3; Stobbe, P.R. § 88, 24.

[29] Pauli, Wiboldsrenten 71, 178; Stobbe, P.R. § 104, 34.

[30] Auer, Einleitung 169, 4; Stobbe, P.R. § 104, 33.

[31] Stobbe, P.R. § 104, 35; Friedlieb, R.L. § 20, 29.

[32] Pauli, Wiboldsrenten 59; Auer, Einleitung 131; Stobbe, P.R. § 104, 20. Mit dem Untergang des belasteten Immobiles gieng daher auch der Anspruch des Gläubigers unter Duncker, R.L. 74.

[33] Pauli, Wiboldsrenten 63; Auer, Einleitung 135, 5; Stobbe, P.R. § 104, 42. Mehrfach wurde die persönliche Haftung gesetzlich bestimmt.

[34] Stobbe, P.R. § 104, 32; Duncker, R.L. 76.

[35] Duncker, R.L. 78; Stobbe, P.R. § 104, 26.

[36] Albrecht, Gewere 159, 370; Friedlieb, R.L. § 20, 27, § 21, 7; Duncker, R.L. 72; Pauli, Wiboldsrenten 81; Auer, Einleitung 132, 3; Stobbe, P.R. § 104, 22. Dem Eigenthümer stand nach manchen Rechten ein Einlösungsrecht zu Stobbe, P.R. § 104, 23.

Digitized by Google

theils Zinsbuße[37], dann Pfändung von Mobilien[38] und Vergantung[39]. Im Lauf der Zeit giengen in den meisten Rechtsgebieten die Renten in den zinsbaren Hypotheken auf[40], indem die ursprünglich nur dem Schuldner zustehende Kündigungsbefugniß auch dem Gläubiger eingeräumt wurde[41], und sie haben sich als selbstständiges Institut nur in München[42], Hamburg[43] und Lübeck[44] erhalten. Eine besondere Form des Rentenkaufs

---

[37] Albrecht, Gewere 159, 370; Pauli, Wiboldsrenten 58.

[38] Albrecht, Gewere 159, 370; Stobbe, Rentenkauf § 70, 30 und P.R. § 70, 28 und § 104, 21; Friedlieb, R.L. § 20, 25.

[39] Duncker, R.L. 80. Auer, Einleitung 134, 1. Dieß war die Grundlage des in München üblichen Verfahrens der Vergantung Roth, Bayr. C.R. (1) §. 179.

[40] Renten finden sich auch noch nach Reception des römischen Rechts vielfältig von den hypothekarischen Darlehen unterschieden s. Duncker, Z. f. R.G. XI. 471; in den meisten Rechtsgebieten verwandelten sie sich jedoch in Folge der dem Gläubiger eingeräumten Kündigungsbefugniß sehr bald in hypothekarische Darlehen so in Württemberg Wächter, W. P.R. I. 642, 12; Mecklenburg Meibom, H.R. § 1, 14; Sachsen Müller, Beiträge 79. Die Renten sind in viel größerem Umfang als die jüngere Satzung die Grundlage für die Entwicklung des Hypothekenrechts in Deutschland geworden.

[41] Stobbe, P.R. § 104, 50; Müller, Beiträge 78.

[42] Hier ist das Institut als Ewiggeld noch gegenwärtig in Geltung, und in der Hauptsache sind die Grundsätze des älteren Rechts erhalten Roth, Bayr. C.R. (1) § 176—179. Der Ewiggeldschuldner haftet nur dinglich und kann sich durch Dereliktion befreien. Der Eigenthümer haftet für alle Rückstände und hat das Recht einseitiger Ablösung. Der bis in die letzte Zeit erhaltene besondere Ewiggeldproceß ist durch die Subhastationsordnung 23/2 1879 beseitigt. Der Rentenkauf fand sich auch in anderen Theilen von Bayern, namentlich in dem Geltungsgebiet des Stadtrechtsbuchs Riedl, Ewiggeld S. 151; Nürnberg Ref. XXIII. 4; Weissenburg St. 1739. IV; Würzburg Rosenthal, Eigenthum 68 f., hat sich aber nur in München als geltendes Rechtsinstitut erhalten.

[43] Baumeister, P.R. § 23. Schon seit dem 15. Jahrhundert konnten unablösliche Renten nur dem Fiskus Testamenten und Stiftungen zugeschrieben werden, und auch für diese ist die Ablöslichkeit von Seite des Schuldners durch Ges. 29/6 1849 ausgesprochen Baumeister, P.R. § 23, 48. Die Rentenposten bestehen in Hamburg unverändert fort und rangiren mit den Hypotheken nach der Zeit der Eintragung; sie unterscheiden sich von diesen nur darin, daß dem Gläubiger ein Kündigungsrecht nicht zusteht.

[44] Auch in Lübeck bestehen die Rentenposten unverändert fort H.G. § 17 u. ö. und rangiren wie in Hamburg nach der Zeit der Eintragung; auch hier

Digitized by Google

sind die eisernen Kapitalien des Sächsischen B.G.B., welche sich durch Unaufkündbarkeit auf Seite des Schuldners unterscheiden [45], und die Realrenten der Bayrischen Landeskulturrentenanstalt [46].

III. Der Auszug (Altentheil, Leibzucht) [47] ist der bei Ueberlassung eines landwirthschaftlichen Gutes an den Uebernehmer von dem Uebergebenden gemachte Vorbehalt lebenslänglicher Alimentation [48]. In der Regel wird derselbe bei Uebergabe an Descendenten bedungen, es ist dieß jedoch nicht wesentlich [49]. Seinem Inhalt nach kann er aus einer Reihe verschiedener Prästationen bestehen, die theils die Natur von Personalservituten (Wohnung, Landanweisung zum eignen Bebauen) haben [50], theils in Leistungen (Naturalien) bestehen, wobei jedoch die Gesammtheit der Prästationen als Einheit behandelt wird [51]. Dieselben sind als Ali-

---

unterscheiden sie sich von den Pfandposten nur darin, daß dem Gläubiger das Kündigungsrecht nicht zusteht. Nach V. 25/3 1848 § 1 haftet der Eigenthümer wie bei Pfandposten persönlich Pauli, Wiboldsrenten 126 f.

[45] Sachsen B.G.B. § 515—519; Müller, Beiträge § 10; Schmid, Vorlesungen § 87. II. Sie finden sich auch Weimar Pf.G. § 138 und Rudolstadt H.O. § 3.

[46] Gesetz 21/4 1884 Art. 8. Die Realrente ist in den durch das Gesetz bestimmten Fällen durch Kündigung von Seite des Gläubigers ablösbar.

[47] Vgl. Runde, die Leibzucht 1805; Hänsel, Leibzucht 1834; Mittermair, P.R. § 291; Beseler, P.R. § 188; Preußen Förster Eccius § 188. IV; Dernburg, Pr. P.R. I. § 310; Schleswig-Holstein Paulsen § 93, Esmarch § 65; Kurhessen Platner, S.R. § 28; Hannover Preuß, die Leibzucht 1862; Bayern Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 38; Württemberg Lang, Sachenrecht § 136; Sachsen Müller, Beiträge § 10—12; Thüringen Heimbach, P.R. § 356, 357; Oesterreich Rößler, die Ausgedinge auf Bauerngütern 1842. Besondere Gesetze sind: Weimar Gesetz 26/4 1833; Sondershausen Mandat 13/2 1786; Detmold V. 6/2 1781. Neben dem Auszug nennt Sachsen B.G.B. § 515 auch die Leibrente als Reallast; ebenso Rudolstadt H.O. § 3.

[48] Die Lebenslänglichkeit liegt im Wesen des Instituts; Beschränkung auf kürzere Zeit muß besonders bedungen sein Förster Eccius § 188, 90.

[49] Förster Eccius § 188, 85. Nach Präjudiz Darmstadt Sf. XVII. 269 hat auch das den Geschwistern vorbehaltene Wohnungsrecht die Natur einer Reallast.

[50] Sachsen B.G.B. § 1159 ist dieß ausdrücklich ausgesprochen, und es kommen dafür die für Personalservituten geltenden Bestimmungen zur Anwendung Müller, Beiträge § 10, 1.

[51] Gengler, P.R. § 107, 5. Der Pflichtige hat deßhalb die Reparatur der Auszugswohnung zu besorgen Erk. Dresden 1848 Sf. II. 80; Förster

Digitized by Google

mente im voraus zu leisten[52]. Ueber die rechtliche Natur des Auszugs sind die Meinungen getheilt. Ueberwiegend wird er zu den Reallasten gerechnet[53]; nur vereinzelt findet sich die Auffassung als Obligation, was zur Folge hat, daß die Dinglichkeit nur durch Bestellung einer Hypothek erreicht wird[54]. Das ältere Recht, welches die Bestellung des Auszugs mit erschwerenden Formen umgab[55], ist nur vereinzelt erhalten[56]. Wo der Altentheil als Reallast aufgefaßt wird[57], ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Der Pflichtige ist die Leistungen nur auf dem belasteten Gut selbst abzutragen schuldig[58]. Zu einer Umwandlung

---

Eccius § 188, 92, und ist zu einseitigen Aenderungen der stipulirten Leistungen namentlich einseitiger Umgestaltung der Wohnung nicht befugt Erk. Darmstadt 24/6 1873 Sf. XXIX. 48.

[52] Förster Eccius § 188, 98; Erk. Rostock 16/12 1871 Budde VIII. 53.

[53] Dieß ist die Ansicht von Runde, Leibzucht II. § 39; Friedlieb, R.L. 284; Eichhorn, P.R. § 163i; Maurenbrecher, P.R. § 732; Unger, Ö. P.R. § 63, 51 und in der Praxis anerkannt in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts Förster Eccius § 188, 87; Schleswigholstein Erk. Glückstadt 29/1 1855 Anz. 55. 59; Kurhessen Erk. Cassel 10/9 1836 Sf. I. 327; Berlin 8/11 1867 Sf. XXI. 139; Platner, S.R. § 28, 1; Hannover Erk. Celle 4/12 1874 Sf. XXX. 159; Darmstadt Präjudiz Sf. I. 327 und XVII. 269. Gesetzlich ausgesprochen ist dieß: Preußen Gr.B.O. § 76; Braunschweig Gr.B.O. § 76; Oldenburg Gr.B.O. § 61; Detmold Gr.B.O. § 63; Sondershausen Gr.B.O. § 66; Anhalt Gr.B.G. § 27; Rudolstadt H.O. § 3; Hamburg H.O. § 27; Lübeck H.O. § 29. Für den reservirten und den letztwillig zugewendeten Auszug erkennt dieß an Sachsen B.G.B. § 515 und 1158. Auch das Württembergische Recht ist hieher zu rechnen Lang, S.R. § 136, 47a.

[54] Dieß nehmen an Duncker, R.L. § 44; Gengler, P.R. § 107, 8. Dieß ist die Auffassung des Bayrischen Rechts Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 38 und des Rechts des Sächsischen B.G.B. für den durch Vertrag aufgelegten Auszug B.G.B. § 1157. 1158. Nach diesen Rechten steht dem Berechtigten die Befugniß zu durch Hypothekbestellung das Recht gegen Dritte zu sichern. Dieß ist allgemein ausgesprochen Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 42; Reuß ä. L. H.O. § 45.

[55] Früher war allgemein Bestätigung durch die Gutsherrschaft vorgeschrieben, was mit Beseitigung der gutsherrlichen Gewalt hinweggefallen ist. Die in Pr. L.R. I. 11. 603. 604 angeordnete gerichtliche Regulirung ist durch Ges. 11/7 1845 § 1 beseitigt. Nach Weimar Ges. 26/4 1833 § 1 und Sondershausen Mandat 13/2 1786 § 1 ist gerichtliche Bestätigung erforderlich.

[56] So in Bremen Post, P.R. III. § 83, 2.

[57] S. oben Note 53.

[58] Förster Eccius § 188, 103. 106; Lang, S.R. § 136, 42. Erk. München

Digitized by Google

in eine Geldentschädigung kann der Pflichtige durch Richterspruch nur dann angehalten werden, wenn er durch sein Benehmen dem Berechtigten die Annahme der Naturalprästationen an Ort und Stelle unmöglich macht[59]. Sind die Leistungen für mehrere Personen vereinigt stipulirt, so werden dieselben bei Hinwegfallen eines Berechtigten reducirt[60]. Die von dem Berechtigten ertheilte Bewilligung zur lastenfreien Veräußerung von Bestandtheilen des verpflichteten Gutes begründet nicht an sich einen Anspruch auf verhältnißmäßige Reduktion der Leistungen[61].

IV. Dienste[62]. Die Dienste (Frohnden, Scharwerk) finden sich in den Deutschen Landesrechten theils als Gegenleistungen theils als Reallasten. Nach dem Umfang der Leistung unterschied man gemessene und ungemessene Dienste, nach ihrem Inhalt Handdienste und Spanndienste[63]. Die Leistung der Dienste setzte vorhergehende Aufforderung (Ansage) von Seite des Berechtigten voraus[64]. Soweit sie mit der gutsherrlichen Gewalt in Verbindung standen, sind die Dienste fast in allen Rechtsgebieten theils aufgehoben[65], theils der Ablösung unterworfen[66], und die Neu-

---

26/10 1872 Sammlg. II. 160 dagegen spricht aus, daß nach Bayrischem Landrecht in Ermanglung entgegenstehender Festsetzung der Verpflichtete die Reichnisse dem Berechtigten zu bringen habe.

[59] Förster Eccius § 188, 106.

[60] Es kommt dieß namentlich in Betracht, wenn der Altentheil für ein Ehepaar bestellt ist. Für Reduktion bei dem Tod des einen Ehegatten spricht sich die Preußische Praxis aus Förster Eccius § 188, 99, ebenso die kurhessische Praxis Pfeiffer, Pr. A. VII. 327 und die Praxis des gemeinen Sächsischen Rechts Haubold, P.R. § 463 a, Anm. b; gegen Reduktion erklärt sich die Württembergische Praxis Lang, S.R. § 136, 59.

[61] Erk. Darmstadt 1861 Sf. XXVI. 48; Berlin 8/11 1867 Sf. XXI. 139. Nach Erk. 19/5 1870 Heuser, Annalen XVII. 152 ist nach kurhessischem Recht ein Klagerecht auf Reduktion der Prästationen gegeben, wenn diese in keinem Verhältniß zu den Erträgnissen des belasteten Gutes stehen.

[62] Vgl. über diese Duncker, R.L. § 52; Friedlieb, R.L. 279; Eichhorn, P.R. § 249; Mittermair, P.R. § 189; Maurenbrecher, P.R. § 340; Gerber, P.R. § 186; Beseler, P.R. § 192, 26 folg.; Stobbe, P.R. § 136. I; Koch, P.R. § 360—362; Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 29.

[63] Stobbe, P.R. § 136, 11 folg.

[64] Stobbe, P.R. § 136, 20.

[65] Preußen Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 3; Bayern Grundentlastungsgesetz 4/6 1848 Art. 2; Sachsen Ges. 15/5 1851; Württemberg Ges. 27/10

Digitized by Google

constituirung untersagt[67]. Soweit nicht ein landesrechtliches Verbot entgegensteht[68], ist die vertragsmäßige Neuconstituirung von Diensten innerhalb der vertragsmäßiger Festsetzung gezogenen Schranken zuläßig[69]. Als besondere Art der Dienste findet sich die Baulast für bestimmte Bauwerke[70], und in besonderer Anwendung auf Kirchenbauten[71] und Deichbauten[72]. Als Verpflichtung zu Diensten ist auch die zur Haltung von Faselvieh aufzufassen[73].

1836; Baden Ges. 28/12 1831; Gotha Ges. 20/10 1848; Oesterreich Patent 7/9 1848 § 11.

[66] Preußen Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 9; Hannover V. 1833 § 95; Kurhessen Ges. 28/6 1832 § 1 und 23/7 1876 § 6; Schleswigholstein Ges. 3/1 1873 § 7; Darmstadt Ges. 29/1 1836; Braunschweig Ablösungsgesetz 20/12 1834 § 1; Oldenburg Ges. 14/10 1849 § 59; Weimar Ablösungsgesetz 28/4 1869 § 77; Meiningen Ablösungsgesetz 5/5 1850 § 54; Altenburg Ges. 23/5 1837; Coburg Ges. 25/1 1849; Sondershausen Ges. 8/4 1850 § 61; Rudolstadt Ges. 27/4 1849 § 4; Reuß ä. L. Ges. 30/5 1852; Detmold Ges. 4/9 1838; Waldeck Ges. 15/9 1842.

[67] Hannover V. 1831 § 36; Sachsen Ablösungsgesetz 17/2 1832 § 54, 55; Württemberg Ges. 28/10 1836 Art. 2; Braunschweig Ablösungsgesetz 20/12 1834 § 6; Meiningen Ges. 5/5 1850 Art. 28; Gotha Ges. 5/11 1853 § 24, 25; Coburg Ges. 25/1 1849 Art. 40.

[68] Außer den in den Note 67 aufgeführten Landesrechten erlassenen speciellen Verboten der Neuconstituirung von Diensten sind hierher diejenigen landesgesetzlichen Bestimmungen zu rechnen, welche die Neuerrichtung anderer Reallasten als ablösbarer Geldrenten nicht gestatten oben § 284, 28.

[69] Erwähnt werden: Wasenmeisterdienste Erk. 3/8 1867 Bl. XXXI. 280; Verpflichtung zur Unterhaltung einer Thurmuhr Erk. R.G. 23/11 1880 Sammlg. IV. 38.

[70] Erwähnt wird die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Brücke Erk. Stuttgart Sf. I. 184; München 29/12 1875 Sf. XXXI. 202.

[71] In der Regel ist die Kirchenbaulast eine dem öffentlichen Recht angehörende Verpflichtung beruhend auf dem Gemeindeverband oder dem Patronatrecht. Sie kann aber auch als privatrechtliche Reallast bestehen, so in Bayern nach Ges. 28/5 1852 § 1; Roth, Bayr. C.R. (1) § 180, dann in Württemberg Lang, S.R. § 138—148, und Nassau Bertram, P.R. § 329; vgl. Maurenbrecher, P.R. § 342, 1.

[72] Vgl. Duncker, R.L. § 42; Maurenbrecher, P.R. § 342, 1.

[73] Vgl. Gerland, Untersuchung über die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nach gemeinem und Hessischem Recht A. f. Pr. R.W. IX. 3 folg.; Erk. Dresden 9/5 1863 Sf. XVIII. 15; München 16/11 1866 Sf. XXII. 111; 14/6 1873 Sammlung III. 129; Kiel 1879 Anzeigen 1879, 9. Die Verpflichtung war ursprünglich Gegenleistung für das Zehntrecht Jakobson in

Digitized by Google

V. Zehnten[74]. Der Zehnt, eine Abgabe von den Erträgnissen der Landwirthschaft, die in einem quoten Theil der auf dem Gut erzeugten zehntpflichtigen Produkte besteht[75], war ursprünglich überwiegend eine kirchliche Abgabe, die im Lauf der Zeit theilweise in weltliche Hände übergieng. Man unterschied nach dem Gegenstand Feld- und Blutzehnt[76] und den Feldzehnt in den großen und kleinen Feldzehnt[77], nach der Cultur des belasteten Grundstücks in alten und Neubruchzehnt[78]. Der Zehnt war nur ausnahmsweise in einzelnen Rechtsgebieten nicht herkömmlich[79]. Durch die Gesetzgebung ist er in den meisten Rechtsgebieten einer vollständigen Umgestaltung unterzogen worden, so daß er jetzt nur noch vereinzelt vorkommt[80]. Durchgängig ist die Neuconstituirung untersagt[81]. Der Zehnt unterscheidet sich von anderen Reallasten darin, daß der Berechtigte denselben auf dem pflichtigen Objekt abzunehmen hat[82]. Verpflichtet zur Leistung ist derjenige, der

Weiske, R.L. XV. 503; Maurenbrecher, P.R. § 342, 2. Sie ist insoferne eine servitutähnliche, als die Benützung des Sprungochsen durch den Berechtigten ein pati von Seite des Verpflichteten enthält Mittermair, P.R. § 173, 3. Die Verpflichtung ist nach mehreren Landesrechten ablösbar, so Baden Ges. 3/8 1837; Darmstadt Ges. 3/10 1849; Altenburg Ges. 16/2 1849; Rudolstadt Ges. 7/1 1856.

[74] Beseler, P.R. § 192, 6; Stobbe, P.R. § 105; Dernburg, Pr. P.R. I. § 309; Koch, Pr. P.R. § 357, 358. Die Literatur s. bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 32 und Stobbe, P.R. § 105, 1.

[75] Mittermair, P.R. § 183, 1.

[76] Beseler, P.R. § 192, 13. Der Blutzehnt ist in den meisten Rechtsgebieten auch denjenigen, in denen der Zehnt nur ablösbar ist, aufgehoben.

[77] Beseler, P.R. § 192, 15.

[78] Stobbe, P.R. § 105 Nr. 3. Auch der Neubruchzehnt ist fast überall unentgeltlich aufgehoben.

[79] So z. B. in Mecklenburg Kamptz, P.R. § 90; in anderen war er schon frühzeitig in eine feste Abgabe verwandelt z. B. in dem größten Theil von Holstein Paulsen, P.R. § 70, 1.

[80] Schon vor den seit 1848 erlassenen allgemeinen Ablösungsgesetzen oben § 285, 19 war in den meisten Rechtsgebieten die Umgestaltung des Zehntrechts durch die Gesetzgebung im Gang. Durch die oben aufgeführten Ablösungsgesetze sind theils einzelne Arten von Zehnten, wo sie noch bestanden, aufgehoben, wie Neubruch- und Blutzehnten, theils die Zehnten überhaupt fixirt oder für ablösbar erklärt, und es ist die Ablösung in den meisten Rechtsgebieten schon vollständig durchgeführt.

[81] Vgl. oben § 284, 27. 28.

[82] Da der Zehntherr ursprünglich verpflichtet war, während der Ernte

Digitized by Google

die Früchte bezieht[83]. Bestritten ist, ob dem Zehntherrn ein Anspruch auf Entschädigung zusteht, wenn der Zehntacker nicht bebaut ist[84], und ob bei Culturänderung die Zehntlast auf die neue Fruchtart übergeht[85].

VI. Laudemium[86]. Das Laudemium ist eine Abgabe, welche der neue Erwerber eines Gutes an den Berechtigten zu bezahlen hat[87]. Sie findet sich gewöhnlich als Gegenleistung bei Gütern, die zu bäuerlichem Nutzungsrecht übertragen sind, aber sie kommt auch bei Bauerngütern im Eigenthum vor[88]. Jedenfalls ist sie in dem letzteren Fall als Reallast aufzufassen[89]; ob auch in dem ersteren Fall ist bestritten[90]. In welchen Fällen der

---

sein Zehntrecht auszuüben, so hatte das Zehntrecht die Gestaltung eines römisch dinglichen Rechts Savigny, System II. § 103 e; dieß ist nicht wie Gerber, P.R. § 190, 4 und Stobbe, P.R. § 105, 8 meinen, für die Construktion des Rechtsverhältnisses ohne Bedeutung. Aus der Verpflichtung des Zehntherrn die Auszehntung vorzunehmen ergibt sich, daß der Singularsuccessor für Rückstände nicht haftet.

[83] Also auch der Pächter Beseler, P.R. § 105, 9.

[84] Aus der Verpflichtung zu der Zehntabgabe läßt sich eine Verpflichtung der Bestellung nicht ableiten, da der Zehnt eine Abgabe der Quote des Erträgnisses ist und z. B. bei völligem Mißwachs wegfällt Maurenbrecher, P.R. § 336, 4; Duncker, R.L. 226. Indeß räumen einzelne Rechte bei Nichtkultur dem Zehntherrn einen Anspruch auf Entschädigung ein, oder gestatten ihm das Grundstück selbst anzubauen so Pr. L.R. II. 11. 884; Dernburg, Pr. P.R. I. § 309, 17. Vgl. Stobbe, P.R. § 105, 15.

[85] Dieß verneinen mit Recht Mittermair, P.R. § 187. II; Stobbe, P.R. § 105, 16; dagegen bejahen die Frage Eichhorn, P.R. § 254. IV; Beseler, P.R. § 192, 22. Nach Pr. L.R. II. 11. 885 kann der Zehntpflichtige die Culturart ändern, hat aber dem Berechtigten Entschädigung zu leisten Dernburg, Pr. P.R. I. § 309, 17.

[86] Vgl. Duncker, R.L. § 54; Gengler, Lehrbuch 1384 f.; Stobbe, P.R. § 136. III; Dernburg, Pr. P.R. I. § 311; Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 31.

[87] Dieß bildet die Regel. Vereinzelt findet sich die Abgabe auch bei Veränderung in der herrschenden Hand Stobbe, P.R. § 136, 55.

[88] Stobbe, P.R. § 136, 44; Pr. L.R. I. 18. 816.

[89] Friedlieb, R.L. 277; Duncker, R.L. 230; Beseler, P.R. § 185, 14.

[90] Für die Auffassung als Reallast erklären sich: Friedlieb 277, 5; Maurenbrecher § 344, 9; Stobbe, P.R. § 136, 56; Erk. Jena 16/2 1841 Sf. XV. 149; 1843 Sf. XIX. 50; ebenso neuerdings die preußische Praxis Dernburg, Pr. P.R. I. § 311, 2. Als persönliche Verpflichtung des Uebernehmers fassen dasselbe auf Duncker, R.L. § 54; Gengler, Lehrbuch 1387. Ueberwiegend war in den einzelnen Landesrechten die Auffassung als Reallast, so nach

Digitized by Google

Besitzveränderung und in welchem Betrag das Handlohn zu reichen sei, bestimmt sich nach Gesetz oder Observanz[91]. Das Handlohn ist in den neueren Ablösungsgesetzen theils gegen Entschädigung aufgehoben[92], theils fixirt[93], theils der Ablösung unterworfen[94].

VII. Nicht zu den Reallasten sind zu rechnen das Witthum[95], die Apanage[96] und die Erbgelder[97]. Es spricht dafür keine gesetzliche Bestimmung, und sie können daher als Reallasten nur da bestellt werden, wo die freie Radicirung erhalten ist.

Bayr. L.R. IV. 7. 11 und Kreittmayr, Anm. 15 dazu, Bl. f. R.A. II. 314. 4, und nach Sächsischem Recht Haubold, P.R. § 480; Heimbach, P.R. § 372, 3.

[91] Darüber bestimmen namentlich die Handlohnsordnungen, über welche zu vergleichen Gengler, Lehrbuch 1385; Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 31.

[92] Baden Ges. 10/4 1848 und 13/2 1851; Oesterreich Patent 7/9 1848 § 3. 4. 6.

[93] Bayern Ges. 4/6 1848 Art. 15; Roth, Bayr. C.R. § 169, 31.

[94] Preußen Ablösungsges. 11/3 1850 § 36—49; Schleswigholstein Ges. 3/1 1873 § 28—33; Kurhessen Ges. 23/7 1876 § 9; Nassau Ges. 5/4 1869 § 9. 12; Oldenburg Ges. 14/10 1849 § 34—44; Braunschweig Ablösungsges. 20/12 1834 § 52—58; Weimar Ges. 28/4 1869 § 66; Coburg Ges. 25/1 1849 § 57; Gotha 5/11 1853 § 26; Altenburg Ges. 17/1 1849; Meiningen Ges. 5/5 1850 I; Sondershausen Ges. 8/4 1850 § 54; Rudolstadt 22/4 1849 § 22.

[95] Für die Zulässigkeit der Begründung als Reallast erklären sich Friedlieb, R.L. § 74, 1; Gerber, P.R. § 169, 5; Beseler, P.R. § 191. III; Unger, Ö. P.R. § 63, 50; s. dagegen Duncker, R.L. § 46, 332a; Mittermair, P.R. § 17, 3. 7; Roth, Bayr. C.R. (1) § 169, 35.

[96] Die Zulässigkeit der Constituirung als Reallast nehmen an Beseler, P.R. § 191. III; Gerber, P.R. § 169, 5, s. dagegen Duncker, R.L. § 45; Roth, Bayr. C.R. § 169, 36.

[97] Für die Eigenschaft als Reallast erklärt sich Friedlieb, R.L. § 75, s. dagegen Duncker, R.L. § 56. Erk. Celle 17/5 1872 Sf. XXVII. 44 erkennt der Abfindung die Eigenschaft als Reallast nur zu, wenn sie nicht in einmaliger Auszahlung einer Abfindungssumme besteht. Gegen die Auffassung als Reallast erklärt sich auch Erk. Celle 13/9 1876 Sf. XXXIV. 139.

Digitized by Google

Caput 3.

Das Platzrecht[1].

§ 289.

Das Platzrecht (superficies) ist das Rechtsverhältniß, bei welchem ein auf fremdem Grund und Boden befindliches Gebäude[2] oder andere mit dem Boden zusammenhängende Anlagen[3] den Gegenstand selbstständiger Berechtigung bilden. Das Platzrecht

---

[1] Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht 1868 und Pandekten § 165; Degenkolb, das Platzrecht 1868; Heimbach, die Superficies R.L. X. 695; Schmid, Handbuch § 25—28; Windscheid § 223; Sintenis, C.R. § 56; Förster Eccius § 187, 191 f.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 289; Falk, S.H.P.R. V. § 123; Bender, P.R. § 79; Roth, Bayr. C.R. (1) § 238; Reyscher, W. P.R. § 398; Schmid, Vorlesungen § 95; Zachariä § 195, 5, § 198, 2; Aubry § 223 Nr. 2.

[2] Gemeinrechtlich wird vorausgesetzt, daß das Gebäude im Boden befestigt sei. Bauwerke, die nicht in dem Boden befestigt sind, treten nicht in das Verhältniß der Superficies ein l. 60 D. 41. 1; Wächter, Platzrecht 50. Damit stimmt auch das Preußische Recht überein Pr. L.R. I. 22. 244: „das Fundament der Gebäude — kann er sich mit Ausschließung des Grundeigenthümers vollständig zu Nutzen machen" —. Der gleiche Standpunkt ist für Sachsen B.G.B. § 661 und Oesterreich A.B.G.B. § 1147 anzunehmen. Das Französische Recht steht ganz auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts Aubry § 223, 7. Ueber die abweichende Auffassung, die Kreittmayr in Anm. 1b zu Bayr. L.R. I. 7. 34 aufstellt, vgl. unten Note 4. Gemeinrechtlich kann die Superficies auch an einem einzelnen Stockwerk begründet sein l. 3 § 7 D. 43. 17; Wächter, Platzrecht 50; Erk. Kiel 6/9 1851 Sf. VI. 152, was vielfältig Veranlassung zur Verwechslung mit dem Herbergsrecht gab, vgl. oben § 233, 8. Das Preußische und Oesterreichische Recht kennen ein Platzrecht nur an ganzen Gebäuden. Sachsen B.G.B. § 661 läßt das Recht zu, einen Keller unter einem fremden Grundstück zu haben, was mit der gemeinrechtlichen Bestimmung zusammenzutreffen scheint.

[3] Auf Bauwerke wollen das Verhältniß beschränken Schmid, Handbuch § 25, 11, Heimbach, R.L. X. 697. 11, und damit stimmt Sachsen B.G.B. § 661 überein. Gemeinrechtlich ist dieß nicht begründet, vielmehr ist das Superficiarrecht auch auf Bäume und andere Pflanzungen anwendbar Wächter, Platzrecht 53; Windscheid § 223, 20. Damit stimmen auch unsere neueren Landesrechte überein Pr. L.R. I. 22. 243; Oesterreich A.B.G.B. § 1147. Auch nach Französischem Recht ist in Consequenz der Bestimmung C. c. Art. 553 die Anwendbarkeit der superficiarischen Berechtigung auf Baumpflanzungen anerkannt Aubry § 223, 12.

Digitized by Google

ist sowohl in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts[4] als in denen unserer neueren Landesrechte[5] anerkannt und in Uebung. Für das Platzrecht gelten folgende Grundsätze:

I. Ueber die rechtliche Natur des Platzrechts sind die Meinungen getheilt. Allgemein nahm man früher an, das Platzrecht begründe ein Nutzeigenthum des Berechtigten, und es liege hier getheiltes Eigenthum wie bei der Emphyteuse vor[6]. Neuerdings

---

[4] Die Geltung und praktische Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts unterliegt keinem Zweifel Wächter, Platzrecht § 3 vgl. unten Note 13. Diese Grundsätze des gemeinen Rechts müssen auch in dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts Anwendung finden. Zwar erwähnt Bayr. L.R. IV. 7. 34 das jus superficiarium, stellt dasselbe jedoch dem Grundzinsrecht gleich, das nach Bayr. L.R. IV. 7. 33 nur eine Reallast ist, also Eigenthum des Superficiars voraussetzt. In Widerspruch damit hat zwar Kreittmayr in Anm. 1. b zu L.R. IV. 7. 34 dem Superficiar ein dominium utile zugeschrieben, aber abgesehen davon, daß die Anmerkungen, da sie nicht Gesetzkraft haben, bei Widerspruch mit dem Gesetztext nicht entscheiden, sind die Ausführungen Kreittmayrs für die Interpretation des Instituts nicht verwendbar, da sie auf der Annahme fußen, das Platzrecht beschränke sich darauf etwas auf die Oberfläche zu setzen, also nicht ein Haus mit einem Fundament zu bauen, was der gemeinrechtlichen Gestaltung nicht entspricht Wächter, Platzrecht § 7. I. Da nun das Gesetz selbst nicht eine Bestimmung für das gemeinrechtliche Institut der Superficies trifft, sondern ein anderes Institut zum Gegenstand hat, bei welchem der Superficiar Eigenthümer und nur zu einem Grundzins verpflichtet ist, so ist für dieses Institut bei dem Mangel gesetzlicher Regelung auch im Gebiet des Bayrischen Landrechts das gemeine Recht maßgebend. Die in meinem Bayr. C.R. (1) § 238 gebrachten gegentheiligen Ausführungen kann ich nicht mehr für maßgebend erachten.

[5] Sachsen B.G.B. § 661; Pr. L.R. I. 22. 243—246; Oesterreich A.B.G.B. 1125. 1147; Randa, B. § 1, 39. Der C. civ. hat zwar keine specielle Bestimmung über das Platzrecht, in Anschluß an C. civ. Art. 535 ist jedoch die Geltung des Rechtsinstituts anerkannt Zachariä § 198, 2; Aubry § 223 Nr. 2. Ueber die Frage, ob und in welchem Umfang es in Preußen noch in Geltung sei vgl. unten Note 9.

[6] Wächter, Platzrecht 30, 1. Diese Construktion war früher die alleinherrschende und war auch in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts von Vielen getheilt, weßhalb vielfach angenommen wurde, daß in diesem das Superficiarrecht durch das Ablösungsgesetz beseitigt sei vgl. unten Note 10; indeß ist diese Auffassung noch in manchen Gesetzen erhalten, so nach Bayrischem Landrecht Kreittmayr, Anm. 1 b zu L.R. IV. 7. 34; Oldenburg E.E.G. § 1; Anhalt Grb.G. § 13 und nach Oesterreich A.B.G.B. § 1125. Durch

Digitized by Google

machen sich gemeinrechtlich zwei Meinungen geltend, die beide darin übereinstimmen, daß sie annehmen, die Anlage werde Eigenthum des Grundeigenthümers, sich jedoch darin unterscheiden, daß nach der einen Ansicht das dingliche Recht sich auch auf den Grund und Boden erstreckt [7], während nach der anderen Ansicht das dingliche Recht sich auf die Anlage beschränkt, dagegen den Grund und Boden nicht umfaßt [8]. Dagegen nehmen das Preußische [9] und

---

Patent 7/9 1848 sind in Oesterreich die Bodenzinsrechte für ablösbar erklärt und können nach St.Gr.G. 21/12 1867 Art. 7 nur als ablöslich neu constituirt werden Randa, Eigenthum § 1. 30.

[7] Windscheid § 223, 3; Arndts § 200; Brinz, Pandekten § 202, 6. Auf diesem Standpunkt steht das Oesterreichische Recht, oben Note 6.

[8] Seuffert, Pandekten § 190, 2; Schmid, Handbuch § 25, 3. Dieser Meinung scheint auch Wächter, Platzrecht 31 und Pandekten § 165, 4 sich anzuschließen. Diese Ansicht ist in dem Sächsischen B.G.B. zur Anwendung gelangt. Nach Sachsen B.G.B. § 661 ist das Bau- und Kellerrecht eine persönliche Dienstbarkeit die veräußerlich und vererblich wird, wenn sie ein besonderes Folium im Grundbuch erhalten hat. Schon Savigny, Besitz § 9 Nr. 4 erklärte das Recht der superficies als den Servituten ganz ähnlich.

[9] Das Pr. L.R. I. 22. 243 hat die Bestimmungen über Superficies unter der Rubrik: „andere Arten von Grundgerechtigkeiten" aufgeführt. Die Bestimmungen sind indessen nicht auf den Fall zu beschränken, in welchem ein praedium dominans als Superficiar erscheint, ein Fall der nur selten vorkommt. Durch die Bezeichnung Grundgerechtigkeiten soll die Superficies nicht als Prädialservitut charakterisirt werden, sie ist vielmehr eine besondere Classe der subjektivdinglichen Rechte Koch, Commentar Note 14 Abs. 3 und L.R. I. 22. 243; Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 4. Die frühere Preußische Praxis stellte die Superficies unter den Gesichtspunkt des getheilten Eigenthums, und nahm daher an, daß das Institut durch Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 2 Nr. 2 betroffen werde und die Superficies in Preußen in Eigenthum verwandelt sei Erk. O.T. 3/12 1855 Entsch. XXXII. 258. Neuerdings ist indessen anerkannt, daß die Superficies nach dem Landrecht die Eigenschaft einer Grundgerechtigkeit habe und die Bestimmung des Ablösungsgesetzes § 2 Nr. 2 darauf keine Anwendung leide Erk. O.Tr. 7/11 1872 Entsch. 68. 121; 20/3 1874 Striethorst 91—180; Förster Eccius § 187, 193; Turnau, Gr.B.O. I. 423. Nach dieser Auffassung bestehen die superficiarischen Verhältnisse des Preußischen Landrechts unverändert fort, und es ist dieß auch in den Motiven zum Grunderwerbsgesetz Werner II. 31 angenommen. A. M. Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 6, der durch Ablösungsgesetz 2/3 1830 § 91 die Superficies, welche dem Bodeneigenthümer die Verfügung über die Raumsphäre seines Grundstücks total entzieht, für aufgehoben hält, und die Neubegründung nur für Theilsuperficies für nicht vererbliche Superficies und für Superficies an öf-

Digitized by Google

Französische Recht einen principiell davon verschiedenen Standpunkt ein, indem sie dem Superficiar Eigenthum an der Anlage auf dem fremden Grund und Boden zuschreiben [10].

II. Das Platzrecht entsteht durch Verfügung des Eigenthümers des Grundes. Vertragsmäßige Begründung hat die nach den einzelnen Landesrechten für die Entstehung dinglicher Rechte geltenden Voraussetzungen [11]. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob ein Platzrecht durch Ersitzung begründet werden könne [12]. Nach den Landesrechten des Grundbuchsystems ist Eintragung in das Grundbuch Voraussetzung der Entstehung [13].

---

sentlichen Sachen für zulässig hält. Allein es ist keine Veranlassung zu dieser Unterscheidung gegeben, da das Ablösungsgesetz § 91 sich nur auf erbliche Uebertragung von Eigenthum bezieht, das Preußische Landrecht aber das Eigenthum des Bodens bei der Superficies ausdrücklich von dem Eigenthum an dem Gebäude unterscheidet Pr. L.R. I. 22. 243.

[10] Pr. L.R. I. 22. 243; Aubry § 223, 7. Es ist dieß darauf zurückzuführen, daß in diesen Rechten der Grundsatz: superficies solo cedit nicht anerkannt ist Dernburg, Pr. P.R. I. § 215, 4.

[11] Wächter, Platzrecht 58 f.; Windscheid § 223, 12. Nach Preußischem Recht ist ein schriftlicher Vertrag Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 9, nach Bayrischem Recht ein notarieller Vertrag erforderlich Roth, Bayr. C.R. (1) § 238, 15. Der Vertrag kann mit einem anderen verbunden werden z. B. einem Miethvertrag Windscheid § 223, 12; Wächter, Platzrecht § 9; Erk. Rostock 2/3 1867 Sf. XXVIII. 202; Jena 1876 Sf. XXXI. 209.

[12] Gemeinrechtlich wird von Manchen die Zulässigkeit der Ersitzung beanstandet s. die bei Schmid, Handbuch § 26, 17 Citirten. Für die Zulässigkeit erklären sich Wächter, Platzrecht 103, 1; Windscheid § 223, 14; Erk. München 9/3 1849 Bl. XIV. 298; R.G. 5/7 1882 Sammlung VII. 45 und für das Französische Recht Aubry § 223, 12.

[13] Nach einigen Gesetzen wird bei Superficies nur für diese ein Folium eröffnet Detmold E.E.G. § 1; Oldenburg E.E.G. § 1; Anhalt Gr.B.G. 11/3 1877 § 13; Mecklenburg D. H.O. 1854 § 1 Meibom, H.R. § 16, 14; Lübeck H.O. 11/5 1880 § 1, vgl. mit St.B.O. 1818 § 7. Es ist dieß ein Ueberrest der Auffassung als getheiltes Eigenthum. Nach Anderen erhält sie als selbstständige Gerechtigkeit neben dem des Grundeigenthümers ein selbstständiges Blatt Pr. Gr.B.O. § 3; Turnau 194; Braunschweig E.E.G. § 71; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 11; Reuß ä. L. H.O. § 14; Sachsen B.G.B. § 661; Oesterreich A.B.G.B. § 1128; Exner, H.R. § 4, 7. Dieß ist auch nach Bayrischem Recht in Anwendung von H.G. § 3 anzunehmen, da sowohl im Gebiet des gemeinen Rechts mit Einschluß des Rechtsgebiets des Bayrischen Landrechts als im Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts das

Digitized by Google

III. Das Platzrecht kann in der Einräumung des Rechts an einer schon vorhandenen Anlage oder in der Einräumung der Befugniß zur Herstellung einer Anlage bestehen [14]. Gemeinrechtlich kann der Berechtigte über den Gegenstand des Platzrechts wie ein Eigenthümer verfügen [15]. Hiernach hat er das vollständige Nutzungsrecht des Gegenstandes [16], von dem er jeden bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen berechtigt ist [17]. Er hat ferner das Recht über die Substanz des Gegenstandes zu verfügen, und darf diesen nicht nur umgestalten, sondern auch ganz beseitigen [18]. Ebenso kann er den Gegenstand des Platzrechts veräußern [19] und mit dinglichen Lasten belegen, daher Servituten darauf legen [20] und eine Hypothek daran bestellen [21]. Das Platzrecht ist vererblich und fällt in die gewöhnliche testamentarische und Intestaterbfolge [22].

Platzrecht als selbstständiges dingliches Recht aufzufassen ist. Der von mir Bayr. C.R. (1) § 238, 26 dagegen eingelegte Widerspruch erledigt sich durch das oben Note 9 Gesagte, und ich stimme der Annahme von Regelsberger, H.R. § 46. II. 1 bei, daß in Bayern das Platzrecht den Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung bilden könne. Das Gleiche wird von Römer, H.R. § 2211, 2 und Lang, S.R. § 166, 40 für Württemberg und Müller, Pf.R. § 33, 18 für Hessen-Darmstadt angenommen.

[14] Wächter, Platzrecht 43; Erk. Rostock 2/3 1867 Budde VII. 109. Gegen die Ansicht von Degenkolb, daß eine Superficies nur an bereits stehenden Gebäuden bestellt werden könne s. Wächter, Platzrecht 76.

[15] Wächter, Platzrecht 32; Erk. Kiel 6/9 1851 Sf. VI. 152 ist ausgesprochen, daß der Superficiar zu Aenderungen und Umgestaltungen befugt und nicht wie der Inhaber einer Servitut auf Handlungen beschränkt sei, welche die Erhaltung der Sache bezwecken.

[16] Schmid, Handbuch § 27, 1.

[17] Namentlich hat er das Recht der Vermiethung l. 1 pr. § 6 D. 43. 18; Schmid, Handbuch § 27, 2.

[18] Wächter, Platzrecht 40; Windscheid § 223, 4. Nach l. 2 Cod. 3. 32 fällt bei Abbruch das Material in das Eigenthum des Superficiars zurück, dem es daher auch zusprechen: Schmid, Handbuch § 27, 31; Wächter, Platzrecht 43. Andere dagegen belassen es dem Eigenthümer des Bodens Puchta, Vorlesungen § 147. Das letztere ist jedenfalls nach Sächsischem Recht begründet. Nach Preußischem, Oesterreichischem und Französischem Recht dagegen bleibt das Material dem Superficiar.

[19] l. 1 § 7 D. 43. 18; Wächter, Platzrecht 35.

[20] l. 1 § 9 D. 43. 18; Wächter, Platzrecht 39 und 106.

[21] Dieß setzt Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch voraus, vgl. oben Note 13.

[22] l. 10 D. 10. 2; Wächter, Platzrecht 105; Erk. Lübeck 21/1 1851 Sf. IV. 16.

Digitized by Google

Mit dem Platzrecht kann eine bestimmte jährliche Abgabe (Solarium) verbunden sein, was indessen für das Verhältniß nicht wesentlich ist[23]. Der Berechtigte hat außerdem alle Lasten der Sache zu tragen und die Unterhaltungskosten allein zu bestreiten[24]. Nach Preußischem und Französischem Recht steht die Anlage im Eigenthum des Berechtigten, der daher alle Befugnisse des Eigenthümers daran auszuüben hat[25].

IV. Das Platzrecht erlischt durch Consolidation[26], Untergang der Sache[27] und Verjährung[28]. Dagegen ist gemeinrechtlich weder Privation zur Strafe[29], noch Heimfall bei erblosem Absterben des Berechtigten[30] gegeben. Nach Oesterreichischem Recht unterliegen Superficiarrechte der Ablösung[31].

---

[23] l. 15 D. 20. 4. Manche halten die Zahlung eines Grundzinses für wesentlich Degenkolb, Platzrecht 29 f. dagegen Wächter, Platzrecht 67; Erk. R.G. 5/7 1882 Sammlung VII. 45. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 1125 ist der Bodenzins wesentlich.

[24] Wächter, Platzrecht 45.

[25] Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 2; Aubry § 223, 9.

[26] l. 86 § 4 D. 30; Schmid, Handbuch § 28, 2.

[27] Schmid, Handbuch § 28 Nr. 4. Manche nehmen auf Grund von l. 39 § 2 D. 39. 2 an, daß schon der Untergang des Gebäudes ein Aufhören des Rechts bewirke Degenkolb, Platzrecht 49, f. dagegen Schmid, Handbuch § 28, 5. Nach Wächter, Platzrecht 116 entscheidet die Absicht der Contrahenten die bei der Bestellung obwaltete. Erk. München 9/3 1849 Bl. XIV. 298 ist das Recht des Wiederaufbaus anerkannt.

[28] Windscheid § 224. A. M. Wächter, Platzrecht 109 f.

[29] Wächter, Platzrecht 89, 108; Windscheid § 223, 17. Andere halten das Privationsrecht bei zweijähriger Nichtzahlung des Bodenzinses für noch geltendes Recht Seuffert, Pandekten § 192, 6; Schmid, Handbuch § 28 Nr. 8. Nach Bayrischem Recht ist dasselbe keinenfalls mehr anwendbar Roth, Bayr. C.R. (1) § 238, 36.

[30] Wächter, Platzrecht 123. A. M. Schmid, Handbuch § 28 Nr. 5.

[31] Patent 7/9 1848 St.Gr.G. 21/12 1867 Art. 7.

Digitized by Google

II. Dingliche Substanzrechte.

Caput 1.

Das Pfandrecht.

§ 290.

Einleitung.

Das Pfandrecht ist die einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung an einer Sache oder einem Recht eingeräumte Befugniß Befriedigung der Forderung aus dem Pfandgegenstand zu verlangen.

I. Rechtliche Natur. Bestritten ist, welche rechtliche Natur das Pfandrecht habe:

1. Schon gemeinrechtlich wird von den einen das Pfandrecht als Obligation erklärt, wobei die Sache oder der jedesmalige Eigenthümer als verpflichtetes Subjekt anzusehen sei[1]. Diese Auffassung ist neuerdings von Manchen auf die moderne Hypothek übertragen worden, indem man annimmt, daß diese abweichend von den Grundsätzen des römischen Rechts ein Recht auf Zahlung gegen den Schuldner gewähre[2].

2. Nach der anderen Ansicht dagegen hat das Pfandrecht regelmäßig die Eigenschaft eines dinglichen Rechts im gemeinrechtlichen Sinne[3]. Unsere Landesrechte schließen sich der letzteren Meinung an[4].

---

[1] Büchel, Erörterungen (2) 261; Vangerow § 363, 2; Sintenis, Pf.R § 1. 2 und C.R. § 67, 2; Brinz, Pandekten (2) § 346. Die dafür angeführten Gründe sind von Wächter, W. P.R. II. § 48, 25 und Dernburg, Pf.R. § 12 eingehend widerlegt. Schlagend ist das von Dernburg, Pf. R. § 12, 7 angeführte Argument, daß bei dieser Auffassung der Pfandgläubiger mit der Pfandklage ein Recht auf Zahlung müßte geltend machen können, was gemeinrechtlich nicht der Fall ist.

[2] Vgl. unten § 310.

[3] Diese Auffassung war früher in der Art alleinherrschend, daß die Frage überhaupt nicht weiter erörtert wurde Förster Eccius § 190, 4. Ihr schließen sich an: Dernburg, Pf.R. § 12; Windscheid § 224, 8; Seuffert § 193, 6; Arndts § 364, 4; Wächter, Pandekten § 223; Unger, Ö. P.R. § 61, 88. Daß diese Construktion auf das Pfandrecht an Forderungsrechten nicht Anwendung leide, wird allgemein zugegeben, allein mit Recht wird von Windscheid § 227,

Digitized by Google

II. Gegenstand. Das Pfandrecht kann an einer Sache oder einem Recht bestellt sein. Das Sachenpfandrecht war gemeinrechtlich einheitlich gestaltet, und nur in der Form unterschieden, jenachdem es mit dem Inhaben des Objekts verbunden war (Besitzpfand, pignus) oder nicht (Hypothek). Die neuere Rechtsentwicklung besteht nun darin, daß sie die beiden Formen nach der Eigenschaft der Pfandobjekte trennt, eine Hypothek nur an unbeweglichen ein Faustpfand nur an beweglichen Sachen zuläßt, und ebenso die Verpfändung der Sachen nach ihrer Eigenschaft als unbewegliche und bewegliche verschieden gestaltet, an Immobilien nur Hypothekbestellung an Mobilien nur Faustpfandbestellung zuläßt. Bestritten ist, welches Rechtsverhältniß bei der Verpfändung von nicht dinglichen Rechten vorliege. Daß an Obligationen ein dingliches Recht nicht bestellt werden könne, wird allgemein zugestanden. Von der älteren Jurisprudenz wurde daher das Pfandrecht an Forderungen als bedingte Cession aufgefaßt, was in einem Theile unserer Landesrechte Aufnahme gefunden hat. Diese

7 und Förster Eccius § 190, 14 hervorgehoben, daß für die Construktion und die Stellung im System der Normalfall (Sachverpfändung) maßgebend sein müsse, der überdieß für die Hypothek allein entscheidend ist. Der Versuch, eine allgemeine Definition herzustellen, welche den Normalfall und den Ausnahmefall zugleich umfaßt, gibt überdieß zu wesentlichen Bedenken Veranlassung unten Note 7.

4 Allgemein sprechen dieß folgende Gesetze aus: Pr. L.R. I. 20. 1: Das dingliche Recht, welches jemanden auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt Bayr. L.R. II. 6. 10: andernfalls reale, und gründet sich das letztere . . . auf das Unterpfand. Sachsen B.G.B. § 369: Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dem Gläubiger an einer fremden Sache eingeräumte Recht, vermöge dessen er seine Befriedigung aus derselben verlangen kann. Württemberg Pf.G. Art. 1: Das Pfand ist das auf einer fremden Sache haftende dingliche Recht, welches einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt wird. Darmstadt Pf.G. Art. 1: Das einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an einem fremden Vermögensgegenstand zustehende Recht, aus demselben nöthigenfalls seine Befriedigung zu erwirken, ist das Pfandrecht. Oesterreich A.B.G.B. § 447: Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, Befriedigung zu verlangen. In anderen Gesetzen ist dieß nur bei Gelegenheit der Definition der Hypothek ausgesprochen unten § 292, 5.

Digitized by Google

Construktion ist aber jetzt verworfen, und es wird das Pfandrecht an Forderungen jetzt als Bestellung eines Rechts an denselben definirt[5].

III. Inhalt des Pfandrechts. Die ältere Theorie gieng von dem Grundsatz aus, das Pfandrecht enthalte ein dingliches Recht an der Substanz der Sache. Da diese Begriffsbestimmung auf das Forderungspfand nicht anwendbar ist, so unterschied man früher das letztere als uneigentliches Pfandrecht[6], und behielt nur für das eigentliche Pfandrecht (das Sachenpfandrecht) den Grundsatz bei, daß es ein dingliches Recht an der Substanz der Sache sei. Neuerdings wird nun eine Definition versucht, welche das Sachenpfandrecht und Forderungspfandrecht einheitlich umfassen soll, dahin gehend, das Pfandrecht sei ein Recht auf den Werth des Pfandobjekts (Werthrecht)[7]. Dieser Definition ist indessen entgegenzuhalten, daß sie um eine einheitliche Construktion für das Sachenpfandrecht und das Forderungspfandrecht zu ermöglichen, das erstere seiner Eigenthümlichkeit entkleidet[8]. Mit den Bestimmungen unserer Landesrechte über das Sachenpfandrecht[9] ist diese Construktion nicht vereinbar.

---

[5] Vgl. unten § 327, 29.

[6] So namentlich Göschen und Keller s. Bremer, das Pfandrecht 9.

[7] Diese zuerst von Sohm subpignus 12 f. aufgestellte, dann von Bremer, Pf.R. 35 f. aufgenommene Ansicht hat nur den Zweck einer theoretischen Construktion, und könnte, da sie in keiner der bestehenden Codificationen berücksichtigt ist, hier übergangen werden, wenn sie nicht mit der sog. Lokustheorie zusammentreffen würde, welche im Hypothekenrecht zu Consequenzen führt, die den Grundsätzen unserer Hypothekenordnungen geradezu widersprechen. Vgl. unten § 319, 21.

[8] Sie fußt auf der Voraussetzung, daß auch das Sachenpfandrecht ein Recht nicht an der Sache sondern an dem Werth der Sache sei s. gegen diese Auffassung Dernburg, Pr. P.R. I. § 315; Förster Eccius § 190, 13.

[9] Vgl. oben Note 4.

Digitized by Google

Titel I.

Das Pfandrecht an Immobilien.

§ 291.

Allgemeines [1].

In Folge des das Deutsche Recht beherrschenden Grundsatzes, daß die Erwerbung des Eigenthums und die Bestellung dinglicher Rechte nach anderen Principien sich richte für Immobilien und Mobilien, war vor Reception des römischen Rechts nach Deutschem Recht die Verpfändung von Mobilien an andere Regeln gebunden als die von Immobilien. Während an Mobilien nach älterem Deutschem Recht nur ein Faustpfand durch Tradition bestellt werden konnte [2], setzte die Verpfändung von Immobilien besondere Formen voraus, die sich der Zeit nach verschieden gestalteten. Man unterscheidet demnach die ältere und die neuere Satzung.

I. Die ältere Satzung [3]. Diese bestand in der durch Auflassung [4] vermittelten Bestellung eines Pfandrechts [5] mit Besitz-

[1] Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich darauf, eine Uebersicht der historischen Entwicklung in den Rechtsgebieten des Deutschen Rechts zu geben, an welche sich die in den Oesterreichischen Erblanden anschließt. Da das in dem Rechtsgebiet des Französischen Rechts jetzt geltende Recht nicht in direktem Zusammenhang mit dem früheren Recht steht, so wird die Darstellung des letzteren hier nicht aufgenommen. Eine Uebersicht der einschlägigen Literatur des älteren Französischen Pfandrechts gibt Zachariä § 206 und 256. Eine übersichtliche Darstellung der Entwicklung findet sich bei Warnkönig, Französische Rechtsgeschichte II. 295 folg.; Schäffner, Geschichte III. 350; Warnkönig in Z. f. D. R. XIX. 218; Zachariä § 256. Neuere Untersuchungen über einzelne Perioden der Entwicklung sind Franken, das Französische Pfandrecht im Mittelalter 1879 und Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882.

[2] Albrecht, Gewere 132, 278; Stobbe, P.R. § 154, 5.

[3] Vgl. über diese Albrecht, Gewere 142—146; Madai, die Satzung des älteren Deutschen Rechts Z. f. D. R. VIII. 284—325; Budde, das Verhältniß der älteren deutschen Satzung zum Eigenthum Z. f. D. R. IX. 411—439; Meibom, Pf. R. 264—402; Stobbe, P.R. § 106, I; Kohler, Forschungen § 11.

[4] Meibom, Pf. R. 321—324; Stobbe, P.R. § 106, 34.

[5] Aeltere Schriftsteller ließen die ältere Satzung mit dem Kauf auf Wiederkauf zusammenfallen, s. dagegen Stobbe, P.R. § 106, 16. Dieser Ansicht verwandt ist die von Meibom, der die ältere Satzung als Tauschgeschäft bezeichnet vgl. unten Note 9.

Digitized by Google

einräumung[6], wobei der Gläubiger Gebrauch und Genuß der Sache hatte[7]. Die Satzung gewährte dem Gläubiger ein dingliches Recht[8], und diente zur Sicherung der Forderung desselben[9], war also ein accessorisches Recht. Der Schuldner konnte das Pfandobjekt einlösen, indem er das Capital zurückbezahlte. Er war dazu berechtigt aber nicht verpflichtet[10]. Die Zeit der Einlösung konnte vertragsmäßig bestimmt sein[11]; in Ermanglung einer solchen Festsetzung konnte die Einlösung jederzeit vorgenommen werden[12]. Dem Gläubiger stand ein Distraktionsrecht nicht zu[13].

---

[6] Dem Gläubiger stand die Gewere zu Meibom, Pf. R. 341; Stobbe, P.R. § 106, 13. Daher konnte die ältere Satzung nur für einen einzigen Gläubiger bestellt werden Stobbe, P.R. § 107, 3; die Bestellung eines Nachpfandes gewährte nur das Recht auf Ablösung des Satzungsgläubigers Kohler, Forschungen 240.

[7] Albrecht, Gewere 143. 321; Meibom, Pf. R. 341; Kohler, Forschungen 231. Es kann um so weniger bezweifelt werden, daß dieß die Regel war, als der Gläubiger die Sache an Dritte überlassen konnte z. B. durch Verpachtung Kohler, Forschungen 234; Stobbe, P.R. § 106, 18, oder Hingabe zu Leibzucht Meibom, Pf. R. 352, 288. Vertragsmäßig konnte das Nutzungsrecht beschränkt werden, so daß der Gläubiger nur einen Theil der Nutzungen zu beziehen hatte Meibom, Pf. R. 345, 264. 265; auch gänzliche Ausschließung desselben findet sich in der Art, daß die Nutzungen auf die Hauptsumme aufgerechnet wurden (Todsatzung) unten Note 17.

[8] Stobbe, P.R. § 106, 36.

[9] A. M. Meibom, Pf. R. 264—274 der der älteren Satzung die Eigenschaft eines Tauschgeschäfts beilegen will und daher in Abrede zieht, daß ein Forderungsrecht vorausgesetzt sei s. dagegen Stobbe, P.R. § 106, 16 und die dort Angeführten, Goldschmidt, H.R. (1) I. § 87, 1 und besonders Kohler, Forschungen 97—134. Die Auffassung von Meibom scheint mir dadurch vollständig widerlegt.

[10] Meibom, Pf.R. 274; Kohler, Forschungen 235, 2. Der Gläubiger hatte nicht das Recht der Kündigung, obwohl ein solches besonders stipulirt werden konnte Kohler, Forschungen 99, 1.

[11] Es konnte im Interesse des Pfandgläubigers bestimmt sein, daß das Einlösungsrecht nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt ausgeübt werden dürfe Albrecht, Gewere 143, 324; Meibom, Pfandrecht 380, 379; Kohler, Forschungen 124; Pauli, Abhandlungen IV. 146. 46, oder nur zu einem gewissen Zeitpunkt im Jahr Albrecht, Gewere 144, 325; Meibom, Pf. R. 381, 381; Kohler, Forschungen 124, oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist Meibom, Pf.R. 380, 380; Kohler, Forschungen 125. Auch feste Fristen finden sich Kohler, Forschungen 126; Albrecht, Gewere 146, 331—333.

[12] Meibom, Pf.R. 380. Das Recht der Einlösung war in diesem Fall unverjährbar Meibom, Pf. R. 381, 382.

Digitized by Google

Unterließ der Schuldner die Einlösung, so dauerte das Verhältniß fort, wenn nicht vertragsmäßig Heimfall des Pfandes an den Gläubiger bestimmt war [14]. Die Einlösung erfolgte durch Zurückzahlung des Capitals [15], wodurch das Pfandrecht sein Ende erreichte [16]. Vertragsmäßig konnte bedungen sein, daß die Schuld durch Abrechnung der Nutzungen vom Capital getilgt werden solle (Todsatzung), in welchem Fall das Pfandrecht mit Abzahlung der Schuld von selbst erlosch [17]. Der Gläubiger konnte sein Pfandrecht auf andere übertragen, wodurch jedoch das Einlösungsrecht des Schuldners nicht berührt wurde [18]. Der Anspruch des Gläubigers hinsichtlich der Forderung beschränkte sich auf das Pfandobjekt, und konnte nicht gegen das übrige Vermögen des Schuldners verfolgt werden [19]. Die ältere Satzung, welche in ihren Grundzügen mit der Antichrese des römischen Rechts Aehnlichkeit hatte, findet sich im Mittelalter hauptsächlich auf dem Land [20], wo sie sich auch nach Reception des römischen Rechts noch lange erhielt.

---

[13] Albrecht, Gewere 146; Meibom, Pf.R. 346. Es konnte ihm jedoch vertragsmäßig eingeräumt werden Kohler, Forschungen 16.

[14] Die Zulässigkeit der lex commissoria war allgemein anerkannt und es wurde sehr häufig Gebrauch davon gemacht Meibom, Pf.R. 346, 268; Stobbe, P.R. § 106, 30.

[15] Albrecht, Gewere 143, 323. Der Schuldner war dabei zum Ersatz der Melioriationen verpflichtet Kohler, Forschungen 243; Stobbe, P.R. § 106, 14.

[16] Meibom, Pf.R. 401; Kohler, Forschungen 97.

[17] Albrecht, Gewere 143, 222; Meibom, Pf.R. 400; Stobbe, P.R. § 106, 24; Kohler, Forschungen 130; Pauli, Abh. IV. 136. 30. Das Französische Recht hat die entgegenstehende Terminologie, indem es die deutsche Todsatzung vifgage, das Nutzungspfand mortgage nennt Kohler, Forschungen 135; Franken, Pfandrecht 7, 123.

[18] Stobbe, P.R. § 106, 33; Kohler, Forschungen 19. Er konnte die Sache veräußern Meibom, Pf.R. 351; Kohler, Forschungen 235, und afterverpfänden Meibom, Pf.R. 252, 289; Kohler, Forschungen 17. 238.

[19] Meibom in Bekker Jahrb. IV. 450; Stobbe, P.R. § 106, 37. Mit Untergang des Pfandes erlosch daher das Forderungsrecht des Gläubigers Kohler, Forschungen 111.

[20] In den Städten hatte der Rentenkauf die Funktion der älteren Satzung; gleichwohl findet sich diese auch in Städten Stobbe, P.R. § 106, 11.

Digitized by Google

II. Die neuere Satzung[21]. Diese entwickelte sich nicht aus der älteren Satzung sondern selbstständig, namentlich in den Städten, wo sie allmählig die Rente verdrängte. Im Gegensatz zu der älteren Satzung verfolgte die neuere Satzung den Zweck, eine Forderung durch Zuweisung eines Exekutionsobjekts sicher zu stellen, indem dem Gläubiger an dem Pfandobjekt die Rechte eingeräumt wurden, welche die Pfändung im Exekutionsweg gewährte[22]. Im Gegensatz zu der älteren Satzung hatte bei der neueren Satzung der Gläubiger weder Besitz noch Genuß des Pfandobjekts, sondern nur das Recht zur Befriedigung seiner Forderung sich an das Pfandobjekt zu halten; in ihren Grundzügen war diese daher mit der Hypothek des römischen Rechts zu vergleichen. Voraussetzung war Bestand einer Schuld, die durch Anerkennung festgestellt war[23]. Die Satzung setzte gerichtliche Errichtung voraus[24], und gewährte dem Gläubiger ein dingliches Recht auf Befriedigung seiner Forderung[25]. Die jüngere Satzung war also wie die römische Hypothek ein accessorisches Recht[26].

---

[21] Albrecht, Gewere § 17; Meibom, Pf.R. 402—444; Stobbe, P.R. § 107.

[22] Meibom, Pf.R. 403. 434.

[23] Meibom, Pf.R. 419. Die neuere Satzung wurde als Satzung um bekannte Schuld bezeichnet Meibom, Pf.R. 402, 2. Die Anerkennung lag in der gerichtlichen Errichtung unten Note 24.

[24] Meibom, Pf.R. 415; Stobbe, P.R. § 107, 3. Nach einer anderen Ansicht war gerichtliche Auflassung erforderlich Albrecht, Gewere 148, 337; Beseler, P.R. § 95, 30; Planck, Ger.Vf. II. 350. 50. Die gerichtliche Errichtung hatte den Zweck einer Anerkennung des Forderungsrechts behufs sofortiger Vollstreckbarkeit Meibom, Pf.R. 419; außergerichtliche Satzungen waren nicht ungiltig sondern nur von geringerer Sicherheit Meibom, Pf.R. 420; Stobbe, P.R. § 107, 6. An einzelnen Orten findet sich Bestellung der Satzung durch Verpfändung der Hausbriefe Roth in Z. f. R.G. X. 354 und Bayr. L.R. § 181, 18; Bischoff in Z. f. R.G. XII. 37; Stobbe, P.R. § 107, 6. Die gerichtliche Bestellung erfolgte durch Ausfertigung einer Urkunde, vielfältig auch durch Eintragung in das Stadt- oder Gerichtsbuch Meibom, Pf.R. 419; Stobbe, P.R. § 107, 4.

[25] Die Dinglichkeit war jedenfalls im 14. Jahrhundert allgemein anerkannt Stobbe, P.R. § 107, 19. Für die frühere Zeit wird die Dinglichkeit von Meibom, Pf.R. 432 geläugnet, dagegen von Kohler, Forschungen 25 und Stobbe, P.R. § 107, 140 auch für diese angenommen.

[26] Stobbe, P.R. § 107 Nr. 1. A. M. Meibom, Pf.R. 437.

Digitized by Google

Der Schuldner blieb im Besitz des Pfandobjekts[27], unterlag jedoch zu Gunsten des Gläubigers einer Dispositionsbeschränkung, so daß er ohne Einwilligung desselben das Objekt nicht veräußern[28] oder mit einer Rente beschweren durfte[29]. Auch die neuere Satzung konnte ursprünglich nur für einen einzigen Gläubiger bestellt werden[30]. Als es später gewöhnlich wurde an einem bereits verpfändeten Grundstück die Bestellung einer neuen Satzung für einen neuen Gläubiger zu gestatten, wurde eine Beschränkung des Pfandrechts des letzteren auf den Ueberschuß des Werths des Objekts nach Befriedigung des vorgehenden Satzungsgläubigers angenommen (Uebertheuerung)[31]. Leistete der Schuldner nicht Zahlung, so hatte der Gläubiger zunächst sich an das Pfand zu halten[32], und der Schuldner konnte es nicht hindern, daß der Gläubiger die Befriedigung aus dem Pfand suchte[33]. Das Exekutionsverfahren war nach den Landesrechten verschieden. Nach der einen Classe wurde das Pfandobjekt dem Gläubiger an Zahlungsstatt zugeschlagen. Nachdem das Objekt aufgeboten und der Gläubiger in den Besitz eingewiesen war, wurde, wenn der Schuldner in der gesetzlichen Frist nicht bezahlt hatte, das Objekt dem Gläubiger übereignet, wobei der Schuldner keinen Anspruch

---

[27] Albrecht, Gewere 147; Stobbe, P.R. § 107. IV. 4. Nicht für wesentlich hält dieß Meibom, Pf.R. 411, er nimmt vielmehr an, daß die neuere Satzung auch mit Besitzübertragung an den Gläubiger verbunden sein konnte.

[28] Meibom, Pf.R. 428; Stobbe, P.R. § 107, 15. A. M. Kohler, Forschungen 29, der die in den älteren Quellen sich findenden Bestimmungen von Veräußerungsverboten nur als Zeugnisse für die Dinglichkeit ansieht.

[29] Meibom, Pf.R. 429, 25.

[30] Meibom, P.R. 429, 39; Stobbe, P.R. § 107, 7.

[31] Stobbe, P.R. § 107, 9; Roth, Bayr. C.R. (1) § 181, 22; Kohler, Forschungen 28, 2.

[32] Meibom, Pf.R. 422. Solange der Gläubiger nicht seinen Anspruch gegen das Pfand geltend gemacht hatte, konnte er weder gegen den Schuldner noch gegen den Bürgen vorgehen.

[33] Bei der Exekution waren nach Deutschem Recht zunächst die Mobilien, dann die Immobilien pfandbar, und die Reihenfolge konnte nicht einseitig geändert werden Meibom, Pf.R. 58. In der Satzung lag eine Vereinbarung darüber, daß das Objekt als Exekutionsgegenstand dienen solle und der Schuldner den Gläubiger nicht auf andere Exekutionsobjekte verweisen dürfe Meibom, Pf.R. 423. Ebenso wenig hatte ein dritter Besitzer des Pfandes gegen die Pfandklage das beneficium excussionis Meibom, Pf.R. 424.

Digitized by Google

auf Herausgabe der Hyperocha hatte[34]. Nach der anderen Classe von Rechten war die Exekution auf Befriedigung durch Verkauf des Pfandes gerichtet und zwar in doppelter Weise. Nach dem einen Theil der Rechte wurde die Frist von Jahr und Tag eingehalten. Nach dreimaligem Aufgebot wurde das Grundstück dem Gläubiger gewehrigt; es waren ihm bestimmte Fristen gesetzt, innerhalb deren dann das Grundstück von ihm verpfändet oder veräußert werden sollte; konnte dasselbe nicht veräußert werden, so wurde es dem Gläubiger in abgeschätztem Werth zugesprochen[35]. Nach dem andern Theil der Rechte wurde nach vorgängiger Anbietung an den Schuldner zur Einlösung der Gläubiger zum Verkauf ermächtigt (Vergönnung des Gantrechts), indem ihm entweder reell oder symbolisch das Grundstück ausgeantwortet wurde;

[34] Dieses Verfahren findet sich nach Sächsischem und Fränkischem Recht, und dauerte nach beiden 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage. Im Uebrigen war es nach beiden verschieden. Nach Sächsischem Recht wurde das Pfand in 3 ungebotenen und 3 gebotenen Dingen aufgeboten, und der Gläubiger vorläufig eingewiesen, womit Ueberlassung zu Gebrauch und Fruchtgenuß verbunden war. Nach Ablauf des Sächsischen Jahrs wurde das Grundstück dem Gläubiger übereignet, wobei der Schuldner kein Einlösungsrecht und keinen Anspruch auf Herausgabe der Hyperocha hatte Meibom, Pf.R. 107—110. Nach Fränkischem Recht wurde das Grundstück 6 Wochen 3 Tage vom Gericht verwahrt, nach dieser Frist wurde der Gläubiger in Besitz und Fruchtgenuß eingewiesen (Insatz); die Uebereignung wurde durch einen eignen Gerichtsakt ausgesprochen, wenn von der Einweisung an binnen 1 Jahr und 1 Tag die Einlösung nicht erfolgt war. In dem Zeitraum zwischen Insatz und Uebereignung wurde das Grundstück in den ungebotenen Dingen aufgeboten, ebenso in dem zur Uebereignung angesetzten Termin. Der Schuldner hatte keinen Anspruch auf Herausgabe der Hyperocha Meibom, Pf.R. 110—115.

[35] Diese Form findet sich im Magdeburgischen und im Hamburg-Lübecker Recht. Nach Magdeburger Recht konnte der Gläubiger das Pfand sofort verkaufen, wobei der Schuldner ein Jahr lang das Recht der Einlösung hatte, oder das Objekt pfandnutzungsweise behalten, wobei der Gläubiger das Pfand jederzeit einlösen konnte; verkaufte der Gläubiger das pfandnutzungsweise innegehabte Pfand, so konnte der Schuldner noch ein Jahr vom Verkauf an einlösen Meibom, Pf.R. 116. Nach Hamburg-Lübischem Recht dagegen durfte der Gläubiger nicht sofort sondern erst nach Jahresfrist verkaufen, bis dahin bezog er eine dem geschuldeten Capital entsprechende Rente, während der Schuldner im Besitz blieb. Nach Ablauf des Jahres konnte er im Bezug der Rente verbleiben oder den Verkauf vornehmen. Ein Einlösungsrecht stand dem Schuldner bei Verkauf nicht zu Meibom, Pf.R. 118. Dieß war in Mecklenburg in den Städten Lübischen Rechts ausgebildet Meibom, H.R. § 1, 6.

Digitized by Google

konnte dasselbe weder versetzt noch verkauft werden, so erfolgte Uebereignung an Zahlungsstatt nach Schätzung, wobei der Gläubiger die Hyperocha herauszugeben hatte[36]. Erfolgte die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung des Pfandes, so konnte wenigstens nach späterem Recht der Gläubiger Deckung des Ausfalls durch den Schuldner ansprechen[37].

III. Generalhypotheken. Von Manchen wird angenommen, daß das Deutsche Recht schon vor Reception des römischen Rechts Generalhypotheken wie dieses gekannt habe[38]. Allein die zweifellos vorkommenden Fälle, in denen das ganze Vermögen verpfändet wird[39], sind nicht auf Bestellung eines Pfandrechts[40], sondern nach der richtigen Meinung nur auf Anerkennung der Schuld ohne Begründung eines Vorzugsrechts gerichtet[41].

Bis zur Reception des römischen Rechts unterschied sich daher das Deutsche Pfandrecht an Immobilien von dem römischen Recht in folgenden Punkten:

I. Das Deutsche Pfandrecht hat den Grundsatz der Specia-

---

[36] Diese Form findet sich namentlich in Bayrischen Schwäbischen und Schweizerischen Rechten. Regelmäßig sollte der Gläubiger, ehe er zum Verkauf schritt, den Versuch machen, durch Verpfändung die Tilgung seiner Forderung zu erwirken Kohler, Forschungen 13; wurde zum Verkauf geschritten, so mußte das Objekt 6 Wochen 3 Tage lang dem Schuldner zur Einlösung angeboten werden. Erfolgte diese nicht, so wurde der Gläubiger zum Verkauf ermächtigt, indem ihm das Grundstück ausgeantwortet wurde, entweder reell oder symbolisch (durch Span- und Rasenschnitt), in welch' letzterem Fall der Schuldner im Besitz blieb. Der Verkauf erfolgte erst nach späterem Recht gerichtlich Meibom, Pf.R. 122.

[37] Meibom, Pf.R. 424; Stobbe, P.R. § 107, 29. Im Hamburg-Lübischen Recht und verwandten Rechten ist dieser Anspruch nicht anerkannt, was Stobbe, P.R. § 107, 26 mit Recht als ältere Form bezeichnet, während Meibom, Pf.R. 424 darin eine partikuläre Bildung sehen will.

[38] Dieß ist die Ansicht von Meibom, Pf.R. 413 der annimmt, daß darin eine Verpfändung der einzelnen das Vermögen ausmachenden Mobilien und Immobilien lag. A. M. Albrecht, Gewere 22, 55, der in den betreffenden Fällen Auflassung der Immobilien mit den als Pertinenz ihnen folgenden Mobilien sieht.

[39] S. Beispiele bei Stobbe, P.R. § 107, 32.

[40] Meibom, Pf.R. 143 sieht darin Bestellung eines Pfandrechts nach Art der neueren Satzung, die nach seiner Ansicht auch bei Mobilien zuläßig war.

[41] Ich schließe mich der Ansicht von Stobbe, P.R. § 107, 36 an, die sich auch in späteren Gesetzen ausgesprochen findet Stobbe, P.R. § 108, 52.

Digitized by Google

lität von Anfang an anerkannt. Verpfändungen des ganzen Vermögens die sich finden, gewähren kein dingliches Recht, sondern nur ein Vorzugsrecht vor anderen Forderungen.

II. Nach Deutschem Recht wurde zur Begründung eines Pfandrechts ein Akt der Constituirung vorausgesetzt; es gab keine gesetzlichen Pfandrechte.

III. Die Begründung des Pfandrechts war für Immobilien eine andere als für Mobilien. Während bis zur Reception des römischen Rechts ein Pfandrecht an Mobilien nur durch Besitzübertragung bestellt werden konnte, war für Immobilien, für welche ursprünglich der gleiche Grundsatz gegolten hatte (ältere Satzung), in dem späteren Recht eine Pfandbestellung ohne Besitzeinräumung (neuere Satzung) gegeben.

IV. Die ältere Satzung gewährte dem Gläubiger nur Besitz und Genuß des Pfandobjekts bis zur Einlösung durch den Schuldner, aber kein Distraktionsrecht, die neuere Satzung nur Distraktionsrecht oder das Recht auf Zuschlag, während der Schuldner im Besitz des Objekts verblieb.

V. Die ältere Satzung setzte Auflassung voraus nicht aber die neuere Satzung, bei welcher die gerichtliche Errichtung nur einen Vorzug vor der nicht gerichtlichen gewährte.

VI. Bei der älteren Satzung war dem Schuldner jede Disposition über das Objekt entzogen; die neuere Satzung hatte nur eine Dispositionsbeschränkung zur Folge, insoweit das Recht des Gläubigers entgegenstand.

VII. Die ältere Satzung ließ ihrer Natur nach Verpfändung an mehrere gleichberechtigte Gläubiger nicht zu; bei der neueren Satzung war dieß nicht der Fall, und es wurde daher die Bestellung mehrerer Pfandrechte später üblich. In diesem Fall findet sich schon in dem älteren Recht der nach jetzigem Recht die Priorität regelnde Grundsatz, daß der spätere Pfandgläubiger nur auf den von dem vorgehenden Pfandgläubiger nicht eingenommenen Werthüberschuß Anspruch machen kann.

VIII. Bei der älteren Satzung war der Anspruch des Pfandgläubigers auf das Pfandobjekt beschränkt und konnte gegen das übrige Vermögen des Schuldners gar nicht geltend gemacht werden; durch die neuere Satzung war die persönliche Haftung des

Digitized by Google

Schuldners nicht ausgeschlossen, der Gläubiger hatte sich aber zunächst an das Pfand zu halten.

Vergleichen wir diese Principien mit der Rechtsentwicklung in den einzelnen Rechtsgebieten seit dem 16. Jahrhundert, so ergibt sich als Resultat, daß diese das römische Pfandrecht zum Ausgangspunkt nahm, daß das letztere also mit der Reception des römischen Rechts in der Hauptsache recipirt wurde, während die Grundsätze des Deutschen Rechts nur für einzelne Seiten des Rechtsinstituts, und auch in dieser Beschränkung nur in einzelnen Rechtsgebieten erhalten blieben. Eine solche Erhaltung zeigt sich bei der Bestellung von Hypotheken in doppelter Weise. Das moderne Hypothekenrecht unterscheidet sich von dem römischen Pfandrecht darin, daß es die Form der Pfandbestellung an Sachen nach der natürlichen Eigenschaft der Sachen trennt, eine Hypothek nur an Immobilien zuläßt, demnach die Bestellung einer Hypothek an Mobilien ausschließt [42]. Dieser Grundsatz gehört insoferne dem älteren Deutschen Recht an, als dieses die der römischen Hypothek entsprechende neuere Satzung nur an Immobilien zuließ. Dieser Grundsatz hatte sich auch nach Reception des römischen Rechts in einzelnen Rechtsgebieten für die Errichtung von Hypotheken erhalten, in denen also die Hypothekbestellung an Mobilien ausgeschlossen war [43], während bei stillschweigenden Hypotheken diese Unterscheidung nicht gemacht wurde, bei dieser vielmehr auch in diesen Rechtsgebieten der Pfandnexus entsprechend den Grundsätzen des römischen Rechts auf Mobilien sowohl als auf Immobilien sich erstreckte, so daß also auch hier die Möglichkeit des Bestandes von Mobiliarhypotheken gegeben war [44].

---

[42] Vgl. unten § 323, 3.

[43] S. Hellfeld de hypotheca in re mobili c. 3 § 2; Kreittmayr, Anm. 1 zu L.R. II. 6. 8. Es galt dieß überall da, wo die Pfandbestellung an Mobilien nur in der Form des Faustpfandes zuläßig war. Ausdrücklich ausgesprochen war dieß in dem späteren Sächsischen Recht E.P.O. ad Tit. XLIV. § 1, 2. Auch nach dem Recht der Oesterreichischen Erblande war der Grundsatz anerkannt, daß Hypotheken nur auf Immobilien bestellt werden könnten Haan, Landtafelwesen 114.

[44] Diese Beschränkung der freiwilligen Hypothekbestellung auf Immobilien war ohne Einfluß auf die Entwicklung des Hypothekenwesens im Ganzen, da die Wirkung dieser Beschränkung, welche für die freiwillige Hypothek-

Digitized by Google

Diese Beschränkung der freiwilligen Hypothekbestellung auf Immobilien war aber nicht allgemein angenommen, in anderen Rechtsgebieten war vielmehr das römische Recht ohne diese Unterscheidung recipirt worden[45]. Als gemeines Recht wurde bis zur neuesten Phase der Hypothekengesetzgebung nur die letztere Gestaltung angesehen, und darauf daß dieselbe für das conventionelle Pfandrecht in einzelnen Rechtsgebieten keine Anwendung finde nicht Rücksicht genommen[46]. Ebenso waren die für Constituirung der Hypothek geltenden Grundsätze des älteren Rechts nur bei der freiwilligen Hypothekbestellung erhalten; nur für diese waren in einzelnen Rechtsgebieten die bei der neueren Satzung bisher üblichen Formen in Geltung geblieben[47], oder in erweitertem Umfang zur Anwendung gekommen[48], während für die Entstehung der stillschweigenden Pfandrechte auch in diesen Rechtsgebieten die Grundsätze des römischen Rechts recipirt waren[49].

---

bestellung das Princip des älteren Rechts (neuere Satzung) aufrecht erhalten hatte, durch die Aufnahme der gesetzlichen Hypotheken des römischen Rechts paralysirt wurde. Erst mit Beseitigung der letzteren konnte der Grundsatz des modernen Hypothekenrechts, daß eine Hypothek nur an Immobilien bestehen könne, zum Durchbruch gelangen.

[45] Zu diesen gehört das Bayrische Landrecht. In Bayr. L.R. II. 6. 1 ist die Unterscheidung von pignus und hypotheca ausdrücklich auf Mobilien und Immobilien ausgedehnt und Kreittmayr, Anm. 1 zu Bayr. L.R. II. 6. 8 hebt hervor, daß die Ausschließung der Hypothekbestellung an beweglichen Sachen nur auf besonderen Statuten beruhe.

[46] Selbst die Darstellungen des gemeinrechtlichen Pfandrechts im vorigen Jahrhundert nehmen auf diese in einzelnen Rechtsgebieten geltenden Rechtssätze keine Rücksicht. Noch die neuesten Darstellungen des gemeinen Rechts behandeln die Scheidung des Pfandrechts nach Immobilien und Mobilien immer noch als partikularrechtliche Abweichung, obwohl sie auch im Rechtsgebiet des gemeinen Rechts längst zur allgemeinen Regel geworden ist, von der sich kaum mehr Ausnahmen finden. Für das Rechtsgebiet des Preußischen und Sächsischen Rechts ist diese Scheidung ohnehin vollständig durchgeführt.

[47] Dieß findet sich namentlich da, wo bei Errichtung des Pfandrechts Eintragung in die Gerichtsbücher erfolgte oben Note 24.

[48] Dahin ist zu rechnen das Erforderniß der Ingrossation Stobbe, P.R. § 108, 21 und das der Confirmation des Sächsischen Rechts unten Note 70.

[49] Da wo Eintragung in das Gerichtsbuch zur Entstehung eines vertragsmäßigen Pfandrechts erforderlich war, waren die gesetzlichen Pfandrechte dieser Voraussetzung durchgängig nicht unterworfen, so z. B. nach früherem Württembergischen Recht unten Note 64 und nach dem Oberhessischen Recht

Digitized by Google

Auch die Erhaltung dieser Formvorschriften war ohne Einfluß auf die gemeinrechtliche Darstellung, da man darin nur eine besondere Gestaltung der öffentlichen Hypothek des gemeinen Rechts sah[50]. Man kann daher allerdings den Satz aufstellen, daß mit Reception des römischen Rechts auch die pfandrechtlichen Grundsätze desselben recipirt wurden in einem Theil der Rechtsgebiete im Ganzen und ohne Ausnahme, in einem anderen mit Beschränkungen hinsichtlich der Errichtung von Conventionalhypotheken überhaupt oder von Conventionalhypotheken an Immobilien. Die Reste des Deutschen Rechts, die sich nach Reception des römischen Rechts erhielten, erscheinen also nur als statutarrechtliche Modifikationen einzelner Seiten des Rechtsinstituts im Rahmen des römischrechtlichen Pfandrechts.

Dieses Ergebniß bestätigt sich aus der Betrachtung der Rechtsentwicklung in den größeren Rechtsgebieten. In den gemeinrechtlichen Theilen des Königreichs Hannover war das römische Pfandrecht als gemeines Landesrecht anerkannt[51]. Für die Bestellung von Conventionalhypotheken an Immobilien war in einigen Städten und im Lande Hadeln die Ingrossation erhalten[52]; in einzelnen Landestheilen waren Formvorschriften für die Bestellung öffentlicher Hypotheken erlassen[53], welche in einer V. 13/6 1828 einheitlich gestaltet wurden[54], daneben blieb aber die Möglichkeit der

---

unten Note 69. Ebenso waren nach gemeinem Sächsischen Recht die gesetzlichen Pfandrechte an Immobilien von dem Erforderniß der Confirmation ausgenommen unten Note 73.

[50] Dernburg, Pf.R. II. 426; Sintenis, Pf.R. 279 constatirt, daß der Begriff des öffentlichen Pfandrechts des gemeinen Rechts vielfältig als mit dem des nach Partikularrecht gerichtlich errichteten zusammenfallend angesehen wurde, was er für unrichtig erklärt, da man vielmehr gerichtliche und außergerichtliche Conventionalpfandrechte und bei letzteren die öffentlichen und privaten des römischen Rechts unterscheiden müsse. Bezeichnend ist, daß Sintenis, der für das Deutsche Recht eine übereinstimmende partikularrechtliche Regelung der gerichtlichen Hypotheken annimmt, für diese die Gestaltung des Sächsischen Rechts als allgemein geltend behauptet Sintenis, Pf.R. 279 folg.

[51] Bar, H.R. § 1, 2.

[52] Bar, H.R. § 1, 6. 7 und 22.

[53] Bar, H.R. § 1, 8.

[54] Die öffentlichen Hypotheken mußten bei dem zuständigen Gericht bestellt und in das Hypothekenbuch eingetragen werden Bar, H.R. § 1, 10 folg.

Digitized by Google

Bestellung nichtöffentlicher Conventionalhypotheken erhalten, welche jedoch den öffentlichen Hypotheken nachstanden. Die gesetzlichen Hypotheken bedurften der Eintragung nicht, und giengen den eingetragenen nichtprivilegirten Hypotheken vor. Erst durch das Pfandgesetz 14/12 1864 wurde die Entstehung der Hypothek von der Eintragung abhängig gemacht, wodurch der Bestand von gesetzlichen Hypotheken und die Zulässigkeit der Bestellung von Privathypotheken beseitigt wurde[55]. In Schleswig-Holstein galt das römische Pfandrecht als Landesrecht, modificirt durch die seit 1698 geübte Gesetzgebung, welche in den für die einzelnen Amtsbezirke erlassenen Schuld- und Pfandprotokollen für die dort eingetragenen Pfandrechte an Immobilien ein absolutes Vorzugsrecht vor allen nicht eingetragenen Pfandrechten bestimmte[56]. Erst durch Einführung der Preußischen Grundbuchgesetzgebung wurde der Grundsatz, daß eine Hypothek an Immobilien nur durch Eintragung begründet werden könne, zur Anerkennung gebracht. In dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts waren die Grundsätze des römischen Pfandrechts schon im 16. Jahrhundert in der Hauptsache angenommen, und in der darauf folgenden Zeit wurde die Romanisirung vollständig durchgeführt[57]. Es waren nicht nur die gesetzlichen Pfandrechte des gemeinen Rechts anerkannt, sondern es war auch das Rangverhältniß derselben gegenüber anderen Pfandrechten nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts geregelt[58].

---

[55] Dieses Gesetz, welches den Grundsatz der Specialität nur theilweise angenommen hatte, indem es die Eintragung von Generalhypotheken an Immobilien zuließ, ist durch die Einführung der preußischen Grundbuchgesetze außer Wirksamkeit gesetzt worden.

[56] S. das Nähere bei Seestern Pauly, Grundbuchrecht 228—254. Im Ganzen sind hier 20 Protokollationsordnungen aufgeführt, die den Zeitraum von 1698 bis 1857 umfassen. Die Gesetzgebung beruhte auf dem Princip, daß die eingetragenen Pfandrechte einen absoluten Vorzug vor den nicht eingetragenen Pfandrechten haben sollten. Sie giengen also auch den nicht protokollirten gesetzlichen Pfandrechten vor Seestern Pauly 232.

[57] In dem Bayrischen Landrecht II. 6 ist das Pfandrecht ganz auf Grundlage des römischen Rechts geregelt. So ist namentlich Bayr. L.R. II. 6. 8 die Zulässigkeit der Bestellung von Mobiliar-Hypotheken beibehalten, die sonst in dieser Zeit schon vielfach ausgeschlossen war vgl. oben Note 45.

[58] In der Bayr. G.O. von 1753 XX. 5—8 sind die privilegirten stillschweigenden Pfandrechte des gemeinen Rechts in der vierten bis siebenten

Digitized by Google

Dabei hatten die von Siegelmäßigen in siegelmäßiger Form von Nichtsiegelmäßigen gerichtlich errichteten Conventionalhypotheken den Vorzug vor den nicht öffentlichen Conventionalhypotheken, deren Geltung in dem größeren Theil des Rechtsgebiets anerkannt war[59]. Das Bayrische Landrecht nahm also die Stellung ein, daß es den in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichteten Conventionalhypotheken einen allgemeinen Vorzug vor den außergerichtlichen Conventionalhypotheken einräumte, für das Verhältniß zu den daneben bestehenden stillschweigenden Hypotheken aber die gemeinrechtlichen Grundsätze entscheiden ließ. Aehnlich war die Entwicklung in anderen jetzt zum Rechtsgebiet des Bayrischen Hypothekengesetzes gehörigen Landestheilen[60]. In Württemberg hatte das erste Württembergische Landrecht (1555) zwar bei Conventionalhypotheken die Nothwendigkeit der gerichtlichen Bestellung durch Einschreiben in das Gerichtsbuch beibehalten[61], daneben aber schon gesetzliche Pfandrechte, theils Specialpfandrechte[62], theils Generalpfandrechte[63] anerkannt, welche der Eintragung in das Gerichtsbuch nicht bedurften, und theilweise den Vorrang vor den gerichtlichen Conventionalhypotheken anzusprechen hatten[64].

Classe locirt, die nicht privilegirten stillschweigenden Hypotheken concurriren in der achten Classe mit den gerichtlichen Conventionalhypotheken.

[59] G.O. XX. 11 Nr. 2 erkennt die Geltung der außergerichtlichen Conventionalhypotheken an, welche in einem Notariatsinstrument oder vor Zeugen zu errichten sind.

[60] So in dem Bisthum Bamberg, wo die von dem Lehensherrn consentirten Specialhypotheken die sog. Lehensconsense den Vorrang vor allen nicht consentirten Hypotheken anzusprechen hatten, den privilegirten stillschweigenden Hypotheken jedoch nachstanden Roth, Bayr. C.R. (1) § 181, 33 folg. Aehnlich war das Verhältniß der in die Hypothekenbücher eingetragenen Conventionalhypotheken in dem Rechtsgebiet des Mainzer Landrechts Roth, Bayr. C.R. (1) § 181, 41 folg.

[61] Wächter, W. P.R. I. § 74, 23.

[62] Es sind dieß das Pfandrecht der Baugläubiger am Gebäude und des Verkäufers für den Kaufschilling Wächter, W. P.R. I. § 74, 27. 28.

[63] Es sind dieß die Pfandrechte des Fiskus und bestimmter Corporationen, der Ehefrau, der Kinder am Vermögen der Eltern und der Bevormundeten am Vermögen des Vormunds Wächter, W. P.R. I. § 74, 30—33.

[64] Es waren dieß das Pfandrecht der Baugläubiger am Gebäude und das Pfandrecht des Fiskus und bestimmter Corporationen am Vermögen ihrer Schuldner Wächter, W. P.R. I. § 74, 36 und 38. Die anderen gesetzlichen

Digitized by Google

Schon im ersten Landrecht war demnach die Grundlage des älteren Deutschen Pfandrechts durchbrochen. In dem dritten Landrecht (1610) wurde dieselbe vollständig beseitigt, indem die Bestellung vertragsmäßiger Generalpfandrechte als zuläßig anerkannt[65] und für die Bestellung vertragsmäßiger Conventionalpfandrechte das Erforderniß gerichtlicher Errichtung beseitigt wurde[66]. Seitdem war nach Württembergischem Recht das römische Pfandrecht als geltendes Recht im weitesten Umfang angenommen. In dem Rechtsgebiet des Hessen-Darmstädtischen Pfandgesetzes 15/9 1858, den Provinzen Starkenburg und Oberhessen, war zwar durch Bestimmungen einzelner Statuten[67] und durch allgemeine Gesetze[68] die Bestellung von Conventionalhypotheken an Immobilien von gerichtlicher Errichtung abhängig gemacht, daneben waren jedoch die gesetzlichen Pfandrechte des römischen Rechts in Geltung, so daß auch hier das römische Recht als Grundlage des Pfandrechts anerkannt war[69].

In dem Rechtsgebiet des Sächsischen Rechts hatte sich auch nach Reception des römischen Rechts bei Bestellung von Conventionalhypotheken die Insinuation vor der Obrigkeit oder dem Lehensherrn als Form erhalten[70]. Daneben waren jedoch auch außergerichtliche Verpfändungen zuläßig[71], welche zwar allen ge-

Pfandrechte standen den gerichtlich bestellten Conventionalpfandrechten nach Wächter, W. P.R. I. § 74, 40.

[65] Wächter, W. P.R. I. § 74, 53.

[66] Es wurde die Gültigkeit des quasiöffentlichen in einem Notariatsinstrument oder vor Zeugen errichteten und des formlos errichteten Unterpfands neben dem gerichtlichen anerkannt Wächter, W. P.R. I. § 74, 56.

[67] O.K. E.L.R. I. 6. 1; Solms, L.O. II. 15. 1; Kurpfalz, L.O. II. 16. 2; Kurmainz L.R. XIX.

[68] Contraktenreglement 19/11 1769 und 21/12 1770 schrieben allgemein vor, daß Schuldverschreibungen, durch welche unbewegliche Güter verpfändet werden, vor dem zuständigen Gericht aufgerichtet und von demselben confirmirt werden sollten.

[69] Müller, Pf.R. § 4.

[70] Const. 23 P. II. (von 1572) bezeichnet dieß als einen „langwierigen Gebrauch" der demnach von der Reception kaum berührt worden sein wird. Die Bestimmung ist in die A. Pr.O. 1622 Tit. XLVI. 2. 3 übergegangen. Auf vorbehaltene Hypotheken erstreckte sich dieß nicht A. Pr.O. XLII. § 2. 3. vgl. unten Note 76.

[71] Sie sollten vor Zeugen oder durch Herstellung eines besiegelten Vertrags errichtet werden Const. 23. P. II. und Dec. 60 von 1661.

Digitized by Google

meinen Gläubigern vorgehen jedoch den gerichtlichen und gesetzlichen Hypotheken in der Befriedigung nachstehen sollten [72]. Dabei war der Bestand und die Geltung der gesetzlichen Hypotheken des gemeinen Rechts anerkannt [73]. Durch die Gesetzgebung von 1724 wurde das Sächsische Recht dahin modificirt, daß die Bestellung von freiwilligen Generalhypotheken an dem ganzen Vermögen ausgeschlossen und die Hypothekbestellung auf Grundstücke beschränkt wurde [74]. Zugleich wurde die gerichtliche Bestellung zur alleinigen Form der Errichtung einer Conventionalhypothek an Grundstücken erklärt [75]. Dagegen blieb der in dem älteren Recht statuirte Unterschied zwischen vorbehaltener und constituirter Hypothek insoferne erhalten, als zur Giltigkeit von Hypotheken, welche bei dem Verkauf von Allodialgrundstücken vorbehalten wurden, gerichtliche Bestätigung und Eintragung in die Consensbücher genügen nicht aber Ertheilung des richterlichen Consenses erforderlich sein sollte [76]. Auch die schon nach älterem Recht anerkannten stillschweigenden Pfandrechte blieben bei Bestand. Zwar hatte die neue Gesetzgebung alle stillschweigenden Pfandrechte für die Zukunft aufgehoben und nur für die bereits bestehenden einen Zeitraum von 6 Jahren für die Umwandlung in gerichtliche Hypotheken bestimmt [77], allein durch eine spätere Verordnung wurde diese Vorschrift bezüglich einzelner darin bezeichneter stillschweigender Hypotheken vorläufig außer Wirksamkeit gesetzt [78], wobei es auch in der Folge verblieb,

---

[72] Const. 29. P. II; A. Pr.O. Tit. XLV. 1.

[73] A. Pr.O. Tit. XLV. 1.

[74] E.P.O. XLIV. 1. Auch in Beschränkung auf Grundstücke konnten demnach Generalhypotheken nicht mehr bestellt werden, es war nur zuläßig eine Mehrheit bestimmt bezeichneter Grundstücke in einem Akt zu verpfänden.

[75] E.P.O. XLIV. 1. 2. XLVI. 3.

[76] E.P.O. XLII. § 7.

[77] E.P.O. Tit. XLIII und XLV.

[78] V. 24/9 1734. Es waren dieß die stillschweigenden Hypotheken des Fiskus, der piae causae, der Kinder gegenüber den Eltern, der Bevormundeten gegenüber den Vormündern und der Ehefrauen. Die Fassung des Gesetzes ließ es zweifelhaft erscheinen, ob der Fortbestand nur für diese oder für alle damals nach Sächsischem Recht geltenden stillschweigenden Hypotheken ausgesprochen sei, die Praxis hatte sich aber für die erste Alternative und dafür erklärt, daß für die übrigen stillschweigenden Hypotheken die Beseitigung durch E.P.O. Tit. XLIII. bei Bestand geblieben sei Haubold, P.R. § 207.

Digitized by Google

so daß die völlige Beseitigung derselben erst durch das Mandat vom 4. Juni 1829 angeordnet werden mußte [79].

Auch für diejenigen Landestheile, welche später das ursprüngliche Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts bildeten, ist anzunehmen, daß nach Reception des römischen Rechts die pfandrechtlichen Grundsätze desselben überwiegend Anwendung fanden [80]. Indessen war hier die Gesetzgebung schon frühzeitig in lebhafter Thätigkeit, welche sich hauptsächlich auf die Durchführung des Eintragungszwangs richtete. Dieser Grundsatz war zuerst in dem Edikt Friedrich I. vom 28. September 1693 für die Städte Berlin und Cöln ausgesprochen, indem hier angeordnet wurde, daß Hypotheken nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch ein jus reale oder praelationis vom Tag der Eintragung an erhalten sollten [81]. Dem Eintragungszwang wurden nicht nur die gesetzlichen Hypotheken sondern auch die älteren öffentlichen gerichtlichen und die coram notario et testibus oder privatim verschriebenen Hypotheken unterworfen, und sie sollten nach Ablauf von 6 Monaten wenn nicht eingetragen im Conkurs nur als Briefschulden behandelt werden [82]. Hier war also die Grundlage des modernen Hypothekenrechts bereits gegeben, freilich zunächst ohne wesentlichen Erfolg, da die beabsichtigte Ausdehnung auf ganz Preußen wieder aufgegeben wurde [83], und die Ausführung auch in Berlin nur langsam vor sich gieng [84]. Weniger einschneidend waren die nachfolgenden Gesetze. Das Landrecht des Königreichs Preußen von 1721 gewährte den ingrossirten Conventionalpfandrechten ein Vorzugsrecht vor den privilegirten stillschweigenden

---

[79] Wäre die Zurückziehung der Beseitigung der stillschweigenden Hypotheken durch die V. 24/9 1734 nicht erfolgt, so wäre die Initiative für die Durchführung des neueren Hypothekenrechts der Sächsischen Gesetzgebung zugefallen, da in dem Sächsischen Recht alle Voraussetzungen der Neugestaltung vorlagen mit einziger Ausnahme des Bestehens der oben aufgeführten stillschweigenden Hypotheken. So fiel die Aufgabe der allseitigen Durchführung des modernen Hypothekenrechts der Preußischen Gesetzgebung zu.

[80] Dernburg, Pr. P.R. I. § 190, 7.

[81] Edikt 28/9 1693 § 3, 5.

[82] Edikt 28/9 1693 § 7.

[83] Das Edikt 20/9 1704, welches die allgemeine Durchführung des Edikts 28/9 1693 vorschrieb, wurde durch Patent 22/11 1704 wieder zurückgezogen.

[84] S. Dernburg Hinrichs § 2, 3.

Digitized by Google

Hypotheken und den vor Zeugen errichteten pignora quasi publica, erkannte aber noch die dingliche Wirkung der letzteren an[85]. Auf dem gleichen Standpunkt steht die Hypotheken- und Conkursordnung von 1722. Diese ordnete allgemein Anlegung von Grund- und Hypothekenbüchern an, gewährte jedoch den ingrossirten Hypotheken nur ein Vorzugsrecht vor den nicht ingrossirten stillschweigenden Hypotheken, die nicht an sich ein Vorzugsrecht anzusprechen hatten[86]. Wesentlich auf demselben Standpunkt mit Abänderungen im einzelnen stehen die Proceßordnung vom 3. April 1748[87] und die für Schlesien erlassene Hypothekenordnung 4/8 1750[88]. Auch die Hypothekenordnung 20/12 1783 hatte die bisherigen Grundlagen beibehalten, und die nicht eingetragenen stillschweigenden Hypotheken, da wo sie noch bestanden, in Geltung belassen[89]. Erst durch das Preußische Landrecht wurde das leitende Princip des modernen Hypothekenrechts, daß eine Hypothek nur durch Eintragung im Hypothekenbuch entstehen könne, zur Anerkennung gebracht[90].

Das moderne Hypothekenrecht ist eine Schöpfung der Preußischen Gesetzgebung, von dieser lange vorbereitet, und in dem Landrecht zur Ausführung gebracht. Die Gestaltung, die es in diesem erhalten hatte, war für die Rechtsentwicklung in den übrigen Deutschen Rechtsgebieten maßgebend; die Landesgesetzgebungen derselben schloßen sich durchgängig den im Preußischen Recht gegebenen Grundlagen an.

Wie nach Reception des römischen Rechts die Grundsätze desselben für die Entstehung des Pfandrechts, und die Beziehungen der concurrirenden Pfandrechte zu einander aufgenommen wurden, so wurden die Grundsätze desselben auch maßgebend für die Beurtheilung des Inhalts des Pfandrechts. Von Manchen wird an-

[85] Dernburg Hinrichs § 2, 5.

[86] Ein solches stand unbeschränkt nur dem Fiskus zu, während die Ehefrau und die Kinder mit ihrer stillschweigenden Hypothek älteren ingrossirten Hypotheken nachstanden K.O. § 7. 153—158. Die übrigen stillschweigenden Hypotheken standen den ingrossirten Hypotheken nach K.O. § 177.

[87] S. das Nähere bei Dernburg Hinrichs § 2 Nr. 3.

[88] S. das Nähere bei Dernburg Hinrichs § 2 Nr. 4.

[89] H.O. II. 187. Ebenso kannte die H.O. II. 165 noch die Generalhypothek.

[90] Pr. L.R. I. 20. 411. 412.

Digitized by Google

genommen, der Inhalt des Pfandrechts sei nach dem gegenwärtig geltenden Hypothekenrecht ein anderer als nach römischem Recht, indem dasselbe dem Gläubiger nicht einen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs oder, wie sich dieser Anspruch in dem neueren Recht gestaltet hat, auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt durch gerichtlichen Zwangsverkauf sondern auf Zahlung der Schuld gewähre [91], und es wird dieß darauf zurückgeführt, daß bei Reception des römischen Rechts der Grundsatz des Deutschen Rechts, daß der Inhalt des Pfandrechts die Verpflichtung des Pfandschuldners zur Zahlung der Pfandschuld bilde, erhalten geblieben sei, woraus sich die moderne Hypothek entwickelt habe [92]. Die Frage, was als Inhalt des Pfandrechts anzusehen sei, war schon im 17. Jahrhundert der Gegenstand einer Controverse, die sich darum drehte, ob das Petitum der Hypothekenklage gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe des Pfandes oder alternativ auf Zahlung oder Herausgabe zu richten sei [93]. Die letztere Alternative wurde von Manchen als zuläßig vertheidigt [94], und theils als schon nach römischem Recht begründet bezeichnet [95], theils auf Bestimmungen des canonischen Rechts zurückgeführt [96]. Indessen wurde dieß nicht nur in der Theorie [97]

---

[91] Vgl. unten § 310.

[92] Sohm, Natur der modernen Hypothek 8 und 17 nimmt an, daß bei Reception des römischen Rechts der Inhalt der neueren Satzung des Deutschen Rechts dem Inhalt des römischen Pfandrechts substituirt worden sei, so daß bei Reception des römischen Rechts, was das Wesen der Immobiliarhypothek betrifft, die Grundsätze des Deutschen Rechts erhalten blieben s. darüber Rudolph, accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 235.

[93] S. die Uebersicht bei Glück, Commentar XVIII. 335 folg.

[94] So namentlich von Carpzov, Jurispr. for. I. 2. 9; Musaeus de libello alternativo 1701, 9 u. a.

[95] Man bezog sich auf l. 16 § 3 D. 20. 1 aut pecuniam solvat aut rem restituat und darauf, daß schon zur Zeit der Glossatoren der Gerichtsgebrauch sich dafür erklärt habe Glück, Comment. XVIII. 336.

[96] c. 5 x. de pignor. Glück, Commentar XVIII. 336. Es wurde auf Grund dieser Bestimmung geradezu angenommen, daß der dritte Erwerber eines mit einem Pfandrecht belasteten Grundstücks zur Zahlung oder Herausgabe des Grundstücks verpflichtet sei, es wurde also das im römischen Recht begründete Verhältniß geradezu umgekehrt. Während nach römischem Recht der Anspruch auf Herausgabe oder Zahlung gieng, indem der Beklagte durch Zahlung sich von der Herausgabe befreien konnte, richtete sich nach dieser Auffassung der Anspruch auf Zahlung oder Herausgabe.

Digitized by Google

sondern auch in der Praxis [98] für das gemeine Recht verworfen, und wenn in späterer Zeit die alternativen Klaglibelle allgemein zugelassen wurden [99], so geschah dieß doch nur in Erwägung des Umstandes, daß der dritte Besitzer ebenso wie der Schuldner durch Zahlung von der Herausgabe sich befreien könne, ohne daß dabei beabsichtigt war, die gesetzlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts einer Abänderung zu unterziehen [100].

Die Gestaltung des Hypothekenwesens, wie sie aus den Bestimmungen der Preußischen H.O. von 1783 und des Preußischen Landrechts hervorgegangen ist, war lange Zeit für das Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts maßgebend [101], und ebenso bestimmend für die Gesetzgebung in den anderen Deutschen Staaten [102]. Erst in neuerer Zeit wurde in Preußen eine principielle

---

[97] Die Widerlegung erfolgte zunächst durch Bachovius Tr. de pignoribus III. 12. 8; Rivinus de libello in actione hypothecaria recte formando 1706 u. a. bei Glück, Comment. XVIII. 338. 7 Angeführte.

[98] In der sächsischen Praxis wurden früher die alternativen Klaglibelle zurückgewiesen s. Glück, Comment. XVIII. 341. 18.

[99] S. den Nachweis bei Glück, Comment. XVIII. 343. 25. Nach Sächsischem Recht war die alternative Klagbitte gegen den dritten Besitzer noch bis zur Gesetzgebung von 1843 für zulässig gehalten und in Uebung Siegmann, H.R. 8, 1. 3; Heyne, Commentar I. 330; Heimbach, P.R. § 214, 3. Es beruhte dieß auf der Vorschrift Erl. Pr.O. V. 2; vgl. Haubold, P.R. § 213. b. Ebenso bestimmt die Zulässigkeit gegen den dritten Besitzer Bayr. L.R. II. 6. 19 Nr. 6. Das französische Recht hat noch jetzt bei der actio hypothecaria die alternative Klagbitte unten § 310, 40.

[100] Dieß spricht Bayr. L.R. II. 6. 19 Nr. 6 aus: „Gegen den dritten Possessor hat jetztgedachte Alternativa ebenfalls und zwar um so mehr Platz, als er sich durch Entrichtung der Schuld ebensogut als der Debitor selbst von der Klage entbinden kann" und Kreittmayr, Anm. h zu L.R. II. 6. 19 bemerkt dazu: „Diese letztere Meinung zieht unser Codex vor, weil sich ein dritter Inhaber ebensogut als Debitor selbst von dieser Klage entbinden kann." Es geht daraus hervor, daß das Bayrische Landrecht keinerlei Abweichung von dem beabsichtigte, was in der damaligen Zeit als gemeinrechtlich geltend angenommen wurde.

[101] Das Gesetz 24/5 1853 das einzige größere Gesetz, welches seit der Publikation des A.L.R. im Bereich der Preußischen Hypothekengesetzgebung erlassen wurde, beschränkte sich auf die Herstellung formeller Erleichterungen des Hypothekenverkehrs vgl. Dernburg Hinrichs § 5 Nr. 3.

[102] Das Preußische Hypothekenrecht bildet die Grundlage des Bayrischen H.G. 1/6 1822 und damit des Sächsischen Hypothekenrechts, da das Sächsische

Digitized by Google

Aenderung der Grundlagen des Hypothekenrechts angebahnt. Der Entwurf der Preußischen Grundbuchgesetze von 1872 hatte die ausgesprochene Absicht, die accessorische durch die selbstständige Hypothek zu ersetzen, die Hypothek schon bei der Constituirung von der Abhängigkeit in der sie bisher von der Forderung gestanden zu befreien, und unabhängig von allen Einreden aus dem zu Grund liegenden Forderungsverhältniß zu stellen [103]. In Folge der über die Gesetzentwürfe gepflogenen Berathungen wurde indessen dieser Gedanke aufgegeben, und neben die accessorische Hypothek des bisherigen Rechts die Grundschuld gestellt, über deren rechtliche Bedeutung in der Preußischen Jurisprudenz sich weitgehende Meinungsverschiedenheiten geltend gemacht haben, für welche aber jedenfalls als durchgehendes Unterscheidungsmerkmal die Bestimmung gilt, daß bei Constituirung der Grundschuld ein Schuldgrund nicht angegeben wird [104]. Auch die neuere Gesetzgebung hat demnach die Grundlage des Hypothekenrechts, die sich mit Reception des römischen Rechts für dasselbe ausgebildet hat, nicht vollständig zu beseitigen gewußt [105].

H.G. 6/11 1843 in wesentlichen Theilen dem Bayrischen H.G. 1/6 1822 nachgebildet ist.

[103] Vgl. unten § 294, 5.

[104] Vgl. unten § 294, 11. Nach dem Entwurf sollten Einreden aus der ungiltigen Entstehung der persönlichen Schuld gegen die Klage aus einer Hypothek überhaupt ausgeschlossen sein; man wollte das Verhältniß herstellen wie es bei der neueren Satzung gegeben war (Anweisung eines Exekutionsobjekts). Der Gedanke kam jedoch nicht zur Ausführung.

[105] Die in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Hypothekengesetze sind mit der einschlägigen Literatur schon oben § 219 aufgeführt.

Digitized by Google

Abschnitt 1.

Begriff des Pfandrechts an Immobilien.

§ 292.

I. Im Allgemeinen [1].

Der Begriff des Pfandrechts an Immobilien des Deutschen Rechts ist in neuerer Zeit streitig geworden. Während die ältere Theorie wie das Pfandrecht überhaupt [2] so auch das auf Grund der neueren Rechtsentwicklung besonders gestaltete Pfandrecht an Immobilien als dingliches Recht im Sinn des gemeinen Rechts auffaßte, wonach die Begründung desselben dem Gläubiger die Befugniß gibt, die Befriedigung seiner Forderung durch Verkauf des Pfandobjekts zu erwirken, geht eine neuere Ansicht dahin, die moderne Hypothek sei nicht ein dingliches Recht im Sinn des gemeinen Rechts, sondern eine Realobligation, indem sie ein Recht des Gläubigers auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück enthalte, welches gegen den jeweiligen Eigenthümer desselben geltend gemacht werden könne [3]. Diese Auffassung hat weder in der geschichtlichen Entwicklung einen Anhaltspunkt [4], noch entspricht sie den Bestimmungen unserer Landesgesetze, indem diese nicht nur die Dinglichkeit des Anspruchs aus der Hypothek anerkennen [5],

---

[1] Vgl. Stobbe, P.R. § 109; Dernburg, Pr. P.R. I. § 316; Förster Eccius § 190; Römer, Pf.R. § 2; Regelsberger, H.R. § 10; Meibom, H.R. § 4; Exner, H.R. § 1.

[2] Vgl. oben § 290, 3.

[3] Diese Ansicht, die von Meibom, Regelsberger und Stobbe getheilt wird unten § 310, 6 vergleicht die moderne Hypothek der Reallast, welche von denselben Schriftstellern als Realobligation construirt wird Stobbe, P.R. § 100, 16; Meibom, H.R. § 5, 3.

[4] Die oben § 291 gegebene Darstellung läßt entnehmen, daß mit Reception des römischen Rechts die Grundsätze desselben im Ganzen angenommen wurden, und deutschrechtliche Grundsätze nur als Modifikationen einzelner Seiten des Rechtsinstituts erhalten blieben.

[5] Dieß ergibt sich schon aus den Bestimmungen der Landesrechte, welche das Pfandrecht im Allgemeinen als dingliches Recht bezeichnen oben § 290, 4. Es wird dieß aber auch speciell für das Hypothekenrecht ausgesprochen Bayern H.G. § 1: Das dingliche Recht, welches ein Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in das da-

Digitized by Google

sondern auch in der überwiegenden Mehrzahl als Inhalt des Hypothekenrechts nicht einen gegen den Eigenthümer gerichteten Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme sondern die Befugniß des Gläubigers bezeichnen, die Zwangsversteigerung des Objekts zur Befriedigung seiner Forderung zu betreiben[6], während nur in einzelnen Landesrechten der Inhalt des Hypothekenrechts als ein Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme charakterisirt ist[7]. Der Standpunkt der Deutschen Hypothekenordnungen ist demnach dahin festzustellen, daß sie in ihrem überwiegenden Theil durch die Hypothekenbestellung nicht eine Verpflichtung zur Zahlung, sondern eine Verpflichtung entstehen lassen, zu dulden, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt suche, was im Ganzen den Grundsätzen des römischen Rechts entspricht. Dieß gilt jedenfalls für die accessorische Hypothek. Indessen ist es auch für die Grundschuld des Preußischen Rechts nicht ausgeschlossen, insoferne man auch für diese die Eigenschaft eines accessorischen Rechts annimmt[8]. Dabei ist nach den Deutschen Hypothekenordnungen die dingliche Klage gegen den ursprünglichen Schuldner dieselbe wie die gegen den dritten Erwerber des Hypothekenobjekts[9].

---

für angeordnete Buch erwirbt ist eine Hypothek. Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 3; Reuß ä. L. H.O. § 4: Ebenso werden Hypotheken und andere ... zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch an sich geeignete dingliche Rechte an fremden Grundstücken als solche nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt; Rudolstadt H.O. § 31: Vermöge seines dinglichen Rechts kann der Gläubiger ... die gerichtliche Versteigerung des ihm verhafteten Grundstücks ... verlangen. Daß damit die Dinglichkeit im Sinn des gemeinen Rechts gemeint sei ergibt sich schon daraus, daß in der Zeit, in welcher jene Gesetze entstanden ein anderer Begriff der Dinglichkeit nicht bekannt war.

[6] S. die Zusammenstellung unten § 310, 8 und 10.

[7] Jedenfalls gehören hieher die H.O. von Mecklenburg, Hamburg und Lübeck unten § 310, 7. Auch das Bayrische Recht wird hieher gerechnet, jedoch ohne Grund unten § 310, 15.

[8] Vgl. unten § 294.

[9] Gegen beide richtet sich die Klage auf Gestattung des Zwangsverkaufs zum Zweck der Befriedigung der Forderung. Die dingliche Klage gegen den ursprünglichen Schuldner unterscheidet sich nur dadurch, daß mit ihr die persönliche Klage cumulirt werden kann, in welchem Fall beide freilich äußerlich verschieden zu sein scheinen.

Digitized by Google

Wesentlich verschieden ist die Stellung des Französischen Rechts. Durch das Unterpfandsrecht wird nach Französischem Recht dem Schuldner gegenüber nicht das dingliche Recht auf Befriedigung, sondern nur gegenüber den anderen Gläubigern das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös bei Subhastation begründet. Die dingliche Wirkung des Unterpfandsrechts tritt nur dem dritten Erwerber des Objekts gegenüber hervor, der der Folge des Gläubigers ausgesetzt ist. Für Begründung des Rechts dem Schuldner gegenüber hat das Französische Recht weder das deutsche noch das römische Recht zur Grundlage genommen, sondern es hat dieses selbstständig construirt. Die Haftung des Schuldners beruht nach Französischem Recht nicht wie bei der neueren Satzung des Deutschen Rechts auf der Zuweisung eines Exekutionsobjekts, da nach gesetzlicher Bestimmung die sämmtlichen Vermögensstücke des Schuldners den Gläubigern ohnehin verhaftet sind [10], und der Anspruch des Gläubigers geht nicht auf Herausgabe des Objekts zum Behuf des Verkaufs wie nach römischem Recht, sondern er gewährt nur ein Vorzugsrecht gegenüber den anderen Gläubigern, die sonst an sich ein Recht auf gleichmäßige Befriedigung haben [11]. Durch die Hypothek des französischen Rechts wird also nicht ein dingliches Recht gegen den Schuldner sondern ein Vorzugsrecht gegenüber den anderen Gläubigern begründet [12]. Gegen den dritten Erwerber des Objekts dagegen gibt das französische Recht den Hypothekgläubigern die actio hypothecaria (droit de suite), die in der Hauptsache der des römischen Rechts nachgebildet ist, indem der Eigenthümer aufgefordert wird die Forderung zu bezahlen oder das Objekt den Gläubigern zur Zwangsversteigerung zu überlassen, welche, wenn er innerhalb der bestimmten Frist keines von beiden gethan hat, gegen ihn verfügt wird [13].

[10] C. c. Art. 2093. Les biens du debiteur sont le gage commun de ses creanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les creanciers des causes legitimes de preference Zachariä § 581.

[11] Droit de preference C. c. Art. 2134; Zachariä § 283, 4. Vgl. unten § 313, 65.

[12] C. c Art. 2093. Les causes legitimes de preference sont les privilèges et les hypotheques.

[13] Vgl. unten § 313, 69—82.

Digitized by Google

Unsere Hypothekenordnungen unterscheiden sich darin, daß ein Theil derselben nur accessorische Hypotheken [14], ein anderer nur Grundschulden [15], und ein dritter sowohl accessorische Hypotheken als Grundschulden zuläßt [16]. Es sind daher beide Formen besonders zu behandeln.

---

§ 293.

II. Begriff der accessorischen Hypothek [1].

Gemeinrechtlich ist die Hypothek ein accessorisches Recht, insoferne sie zu ihrer Entstehung eine Forderung voraussetzt zu deren Sicherstellung sie dient [2]. Als Consequenzen dieses Princips erscheinen die Rechtssätze: Die gegen das Forderungsrecht begründeten Einreden können auch dem Pfandanspruch entgegengesetzt werden [3]; mit Erlöschen der Forderung geht das Pfandrecht unter [4]; das Pfandrecht kann von der Forderung, für welche es begründet wurde nicht getrennt werden [5]. Der Grundsatz, daß die Hypothek die Bestimmung habe, einer Forderung zur Sicherheit zu dienen, ist in das neuere Hypothekenrecht übergegangen, unsere Hypothekengesetze haben fast ausnahmslos die accessorische Eigenschaft der Hypothek anerkannt [6], und es entbehrt daher die Meinung,

---

[14] Es sind dieß: Nassau, Bayern, Sachsen, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Braunschweig, Weimar, Meiningen, Altenburg, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Anhalt, Reuß ä. L. und j. L., Mecklenburg mit Ausnahme der unten Note 15 aufgeführten H.O., Oesterreich. Das französische Recht läßt nur accessorische Hypotheken zu.

[15] Es sind dieß Hamburg, Lübeck und in Mecklenburg die R.R.H.O. und die R.St.B.O.

[16] Es sind dieß Preußen, Oldenburg, Coburg-Gotha, Lippe-Schaumburg, Lippe-Detmold, Waldeck.

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. 314; Regelsberger, H.R. § 39; Müller, Pf.R. § 28; Exner, H.R. § 2.

[2] l. 43 D. 46. 3; Regelsberger, H.R. § 39, 2; Exner, H.R. § 2, 3.

[3] l. 15 Cod. 4. 40; Windscheid § 225, 3; Regelsberger, H.R. § 39, 4.

[4] l. 129 § 1 D. 50. 17; Regelsberger, H.R. § 39, 3. Dieß war indessen schon nach römischem Recht nicht ohne Ausnahme Exner, H.R. § 2, 7a; Regelsberger, H.R. § 39, 5.

[5] Regelsberger, H.R. § 39 Nr. 4.

[6] Bayern H.G. § 2; Sachsen B.G.B. § 387; Württemberg Pf.G. Art. 1;

Digitized by Google

daß die Hypothek des neueren Rechts allgemein als ein selbstständiges von einem Forderungsrecht unabhängiges dingliches Recht bezeichnet werden könne der Begründung[7]. Indessen ist dieses Erforderniß der accessorischen Eigenschaft in unseren Hypothekengesetzen nur für die Begründung nicht aber für den Fortbestand der Hypothek durchgängig anerkannt[8], vielmehr sind in letzterer Beziehung durch die Gesetzgebung mehrfache Modifikationen bestimmt, was namentlich in folgenden Punkten hervortritt:

1. Der Schuldner kann einem dritten Erwerber der Hypothek die auf die Forderung bezüglichen Einreden, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, nur dann entgegensetzen, wenn sie diesem bei Erwerbung der Hypothek bekannt waren, oder wenn sie durch Vormerkung im Hypothekenbuch sicher gestellt sind[9].

2. Die Beendigung des Pfandrechts wird nur durch Löschung

Darmstadt Pf.G. Art. 1; Weimar Pf.G. Art. 6; Braunschweig E.E.G. § 28; Rudolstadt H.O. § 12; Sondershausen E.E.G. § 19 Nr. 1; Anhalt Grb.G. § 18 Nr. 1; Altenburg H.O. § 181; Reuß ä. L. H.O. § 178; Reuß j. L. H.O. § 179; Oesterreich A.B.G.B. § 447 Grb.G.B. § 14. Die gleiche Stellung nehmen die bei Meibom, H.R. § 13. II aufgeführten Mecklenburgischen H.O. ein, und es ist nur für die R.R.H.O. und die R.St.B.O. das Gegentheil bestimmt. Der gleiche Grundsatz galt nach dem früheren Preußischen Recht, das vor Erlassung der neuen Grundbuchgesetze eine Hypothek nur als accessorische Hypothek entstehen ließ.

[7] Vgl. Roth, Hypothekarische Succession 105. Dieser Rechtssatz ist nur in denjenigen Landesrechten anerkannt, welche die Bestellung von Grundschulden ausschließlich oder neben der accessorischen Hypothek zulassen, vgl. unten § 294, 2—6.

[8] Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 3 und 7.

[9] Die H.O. unterscheiden sich darin, daß der eine Theil nur dem entgeltlichen Erwerb den Schutz der Oeffentlichkeit gewährt Pr. L.R. I. 20. 423; Pr. E.E.G. § 38, 2; Bayern H.G. § 26, 4; Württemberg Pf.G. Art. 72. 81. 88; Anhalt G.B.G. § 10, während der andere Theil diese Voraussetzung nicht hat, also auch den unentgeltlichen Erwerb schützt Sachsen B.G.B. § 465; Altenburg und beide Reuß H.O. § 21 Nr. 4; Mecklenburg Meibom, H.R. § 10, 10. Das letztere gilt auch nach Oesterreichischem Recht Exner, Publicitätsprincip 62—69 und H.R. § 10, 2. Vgl. oben § 222, 135—137. Keine darauf bezügliche Bestimmung enthalten die H.O. von Weimar, Darmstadt und Rudolstadt, so daß nach diesen Gesetzen der in den übrigen H.O. ausgesprochene oben erörterte Grundsatz keine Anwendung leidet. Vgl. auch unten § 296, 8.

Digitized by Google

herbeigeführt, insoferne nur durch diese auch Dritten gegenüber jede Wirkung desselben beseitigt wird [10].

3. Der dritte Erwerber eines Grundstücks, der die darauf haftende Hypothek nicht als Selbstschuldner übernommen hat, haftet nur dinglich [11].

Das französische Recht kennt nur die accessorische Hypothek [12], indem sowohl die Legalhypothek als die richterliche und die Conventionalhypothek den Bestand einer Forderung voraussetzen zu deren Sicherheit sie dienen [13]; das Gleiche gilt von den Immobiliarprivilegien [14]. Das französische Recht hat den accessorischen Charakter der Hypothek in weiterem Umfang gewahrt als die Deutschen Hypothekenrechte, indem es die Einwirkung des öffentlichen Glaubens auf die Hypothekforderungen, die in der Hand eines gutgläubigen Cessionars sind, nicht anerkennt, diesem also die Stellung, die ihm nach den Deutschen Hypothekenrechten zukommt, nicht einräumt [15]. Dagegen ist dem französischen Recht der Grundsatz, daß die inskribirte Hypothek nur durch Löschung ihre Wirksamkeit verliert, mit den Deutschen Hypothekenrechten gemeinsam [16]. Ebenso haftet der Dritterwerber eines mit einer

---

[10] Darauf beruht einerseits die Eigenthümerhypothek des Preußischen Rechts Roth, H.S. 141, andererseits die Hypothekerneuerung des Bayrischen Rechts Roth, H.S. 128. Ebenso wird der gutgläubige Erwerber einer erloschenen aber nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprincip geschützt, unten § 296, 7. 8.

[11] Vgl. unten § 309, 39.

[12] Zachariä § 285, 12; Puchelt, H.R. § 11.

[13] C. c. Art. 2114. L'hypotheque est un droit reel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. C. c. Art. 2095. Le privilége est un droit que la qualité de la creance donne a un creancier d'être preferé aux autres creanciers même hypothecaires Puchelt, H.R. § 11.

[14] C. c. Art. 2103.

[15] Dem Cessionar stehen alle Einreden entgegen, welche der Schuldner gegen den Cedenten hat Zachariä § 359, 22.

[16] Puchelt, H.R. § 83, 9. Es folgt dieß schon aus der Bestimmung des C. c. Art. 2197, daß jede nichtgelöschte inskribirte Hypothek in dem Zeugniß des Hypothekenbewahrers aufgeführt werden muß. Eine nicht gelöschte inskribirte Hypothek ist nach französischem Recht nur anfechtbar, wenn ein Erlöschungsgrund vorliegt Puchelt, H.R. § 83, 9.

Digitized by Google

Hypothek belasteten Grundstücks für den nicht persönliche Haftung besonders begründet ist [17] nur mit dem Grundstück [18].

---

§ 294.

III. Begriff der Grundschuld [1].

Abgesehen von den den Hypothekenordnungen von Hamburg [2] und Lübeck [3] und den Mecklenburgischen H.O. für Rittergüter und städtische Grundstücke [4] eigenthümlichen selbstständigen Belastungen hatten die Deutschen Hypothekenordnungen die accessorische Hypothek in der Gestaltung, die sie in der neueren Rechtsentwicklung erhalten hatte, zum Ausgangspunkt genommen. Die neue Preußische

---

[17] Als persönlich verpflichtet erscheinen der Erbe, der Bürge und der Solidarschuldner. Diesen steht das Recht die Liegenschaft aufzugeben nicht zu C. c. Art. 2172.

[18] C. c. Art. 2168. Dieser Grundsatz ist im Französischen Recht noch viel schärfer ausgeprägt als in den Deutschen Hypothekenordnungen. Vgl. unten § 309, 46 folg.

[1] Ueber die Grundschuld sind zu vergleichen: Brettner, Unterschied der Grundschuld und Hypothek Gruchot VI. 161; Jäckel, Selbstständigkeit der Grundschuld Gruchot XVIII. 551; Jäckel, Anfechtung der Grundschuld Gruchot XVIII. 561; Stüler, Werthantheile in Behrend Z. VII. 262; Voß, zur Theorie der Grundschuld in Behrend Z. VIII. 477; Rudolph, accessorische und selbstständige Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 192; Pütter, die Grundschuld des Preußischen Rechts, Magazin für das Deutsche Recht IV. 78; Bremer, Hypothek und Grundschuld 1869; Buchka, die Hypothek des Eigenthümers 1875; Bähr, die Preußischen Gesetzentwürfe in Ihering, Jahrb. XI. 49; Heidenfeld, Immobiliarrecht 94 f.; Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts 1877; Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs 1878; Förster, Grundbuchrecht 121 folg.; Förster, Pr. P.R. § 190, 24; Förster Eccius § 190, 25; Dernburg, Pr. P.R. I. § 314 f.; Meibom, H.R. § 5.

[2] Hamburg H.O. § 4; Bornemann in Pr. J.Min.Bl. 1848, 41. Ueber das frühere Recht vgl. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden Z. f. D. R. XV. 127 f.

[3] Lübeck H.O. § 17. Ueber das frühere Recht vgl. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden Z. f. D. R. XV. 126 f.

[4] R.R.H.O. § 16; R.St.B.O. § 19; Meibom, H.R. § 13. Die übrigen Mecklenburgischen H.O. haben die accessorische Hypothek beibehalten Meibom, H.R. § 13. II.

Digitized by Google

Gesetzgebung, welche ursprünglich die accessorische, durch die selbstständige Hypothek ersetzen sollte [5], führte in ihrer endgiltigen Feststellung zu einer Nebeneinanderstellung der selbstständigen und der accessorischen Hypothek, welche letztere in der Gestalt erhalten ist die ihr durch die Gesetzgebung der letzten Zeit gegeben war [6]. Die Preußischen Grundbuchgesetze haben daher ein doppeltes Institut eingeführt, die ursprünglich selbstständige Hypothek (Grundschuld) und die ursprünglich accessorische Hypothek (Hypothek) [7], und es sind denselben auch diejenigen Landesrechte gefolgt, welche die Preußischen Grundbuchgesetze angenommen haben [8] mit Ausnahme der Grundbuchgesetze von Braunschweig [9] und Sondershausen [10], die mit Verwerfung des Instituts der Grundschuld nur die accessorische Hypothek zulassen.

Die Grundschuld des Preußischen Rechts unterscheidet sich von der accessorischen Hypothek darin, daß die Eintragung ohne Angabe eines Schuldgrundes geschieht, diese sogar nicht zuläßig ist [11]. Die Nichtangabe des Schuldgrundes ist das einzige formale Unterscheidungsmerkmal der Grundschuld und Hypothek. Materiell unterscheiden sich beide in folgender Weise:

1. Nur die Grundschuld kann auf den Namen des Eigenthümers eingetragen werden. Bei Hypotheken ist dieß nicht zuläßig [12].

2. Nur die Grundschuld nicht die Hypothek kann ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden [13].

3. Für die Grundschuld muß ein Brief ausgestellt werden, bei der Hypothek kann darauf verzichtet werden [14]. Der Grund-

---

[5] Förster, Gr.B.R. 23; Motive zum E.E.G. bei Werner II. 10.

[6] Ueber den Gang der Verhandlungen vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 314.

[7] Pr. E.E.G. § 19, 1.

[8] Oldenburg E.E.G. § 18; Coburg-Gotha E.E.G. § 18; Detmold E.E.G. § 17; Lippe-Schaumburg E.E.G. § 24.

[9] Braunschweig E.E.G. § 26.

[10] Sondershausen E.E.G. § 18.

[11] Pr. E.E.G. § 19, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 15. Es wird daher mit dem Grundschuldbrief die etwa vorhandene Schuldurkunde nicht verbunden Brettner in Gruchot XVII. 163.

[12] Pr. E.E.G. § 27; vgl. unten § 306.

[13] Pr. E.E.G. § 55; Dernburg, Pr. P.R. I. § 326; vgl. unten § 318, 6.

[14] Pr. Gr.B.O. § 122; Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 3.

Digitized by Google

schuldgläubiger erhält das Verfügungsrecht erst mit Aushändigung des Grundschuldbriefs der Hypothekgläubiger mit der Eintragung [15].

4. Grundschulden können nur von solchen gleich oder nacheingetragenen Gläubigern angefochten werden, welche die Eintragung im Weg der Zwangsvollstreckung erlangt haben; für Hypotheken besteht diese Beschränkung nicht [16].

5. Hinsichtlich der Einreden gelten folgende Grundsätze: Gegen die Klage aus einem Grundschuldbrief sind Einreden nur soweit zuläßig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen, oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder insofern die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger bekannt gewesen sind; gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder aus dem Grundbuch sich ergeben [17]. Ob in dem Verhältniß der ursprünglichen Interessenten hinsichtlich der Einreden zwischen Hypothek und Grundschuld ein Unterschied bestehe ist bestritten [18].

6. Uebernimmt der Käufer eines Grundstücks die darauf haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld, so übernimmt er damit die persönliche Schuld, und der Gläubiger erwirbt, auch wenn er dem Vertrag nicht beigetreten ist, die persönliche Klage, wobei der Veräußerer von seiner persönlichen Haftung befreit wird, wenn der Gläubiger nicht ein Jahr nach der Bekanntmachung die Hypothek gekündigt und sechs Monate darauf sie ein-

---

[15] Pr. E.E.G. § 18. 20.

[16] Pr. E.E.G. § 40; Dernburg, Pr. P.R. I. § 335.

[17] Pr. E.E.G. § 38; Brettner in Gruchot XVII. 166; Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 9. Die Unterscheidung der Grundschuld und Hypothek tritt darin hervor, daß der dritte Erwerber der Grundschuld nur solche Einreden geltend machen kann, die im Grundschuldbrief eingetragen sind, während bei der Hypothek Eintragung im Hypothekenbuch genügt, und daß bei der Hypothek Entgeltlichkeit des Erwerbs vorausgesetzt wird, während bei der Grundschuld ein solcher Unterschied nicht gemacht ist Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 9. 10; ferner daß bei der Grundschuld die Kenntniß des Cessionars mit mala fides gepaart sein muß, bei der Hypothek nicht Brettner in Gruchot XVII. 167.

[18] Vgl. unten § 314, 4 folg.

Digitized by Google

geklagt hat[19]; bei der Uebernahme einer Grundschuld geht die persönliche Verbindlichkeit auf den Erwerber nicht über[20].

7. Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechts dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer[21].

8. Die Grundschuld kann sich an ein schon bestehendes Schuldverhältniß anschließen, indem sie zu dessen Sicherheit bestellt oder für dasselbe als Zahlung gegeben wird[22]; sie kann aber auch, ohne daß eine Schuldverbindlichkeit bereits vorliegt, mit der Absicht zu schenken, oder sie für eine spätere Verbindlichkeit an Zahlungsstatt zu geben, bestellt werden[23].

Ueber die juristische Construktion der Grundschuld herrscht eine weitgehende Meinungsverschiedenheit.

I. Der eine Theil sieht in der Grundschuld eine Ausscheidung eines selbstständigen Vermögensobjekts aus dem Eigenthum. Es wird dieß theils darauf zurückgeführt, daß die Grundschuld ein selbstständiges Recht auf einen Theil des Werths des Grundstücks sei[24], theils als bedingte Einräumung des Miteigenthums an dem Grundstück[25] oder als das Recht auf einen Theil des Grundstückseinkommens (Grundrente) erklärt[26].

II. Der andere Theil definirt sie als accessorisches Recht und zwar entweder als abstraktes Summenversprechen[27], oder als

---

[19] Pr. E.E.G. § 41. Vgl. unten § 309, 61.

[20] Brettner in Gruchot XVII. 168.

[21] Pr. E.E.G. § 52; Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 16; Förster, Gr.B.R. 142 Nr. 3; Brettner in Gruchot XVII. 169.

[22] Jäckel in Gruchot XVIII. 555, 15; Meibom, H.R. § 17, 4. 5.

[23] Jäckel in Gruchot XVIII. 555, 15; Meibom, H.R. § 17, 3; Rudolph, accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 270, 86.

[24] Bremer, Hypothek und Grundschuld 53 folg. Stüler in Behrend Z. VII. 261 formulirt dieß dahin, es sei die Veräußerung eines Antheils an dem Werth des Grundstücks.

[25] Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts 23.

[26] Kühnast, Untersuchungen 48; Achilles Ges. 163 Nr. 11. Diese Definition schließt an den Rentenkauf an, und stellt also die Grundschuld den Reallasten gleich s. darüber Rudolph in A. f. C.Pr. LXVII. 256.

[27] Dieß ist die Definition von Förster, Gr.B.R. 139 und Pr. P.R. § 190, 25. Ihr schließen sich an: Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 11; Jäckel in Gru-

Digitized by Google

Realwechsel[28], als accessorische Hypothek ohne Angabe des Schuldgrundes[29], theils als Recht, aus der Substanz des Grundstücks die Zahlung der im Grundschuldbrief benannten Summe zu verlangen[30].

III. Nach einer dritten Meinung ist die Grundschuld als ein eigenthümliches dingliches Recht zu erklären, und zwar entweder als Realschuld[31] oder als ein von dem persönlichen Schuldverhältniß losgelöstes Pfandrecht[32] oder als Verbindlichkeit des Grundstücks (Personifikation)[33].

---

chot XVIII. 560; Colberg, öffentlicher Glaube 137; Erk. R.G. 10/12 1880 Sammlung III. 88. Die Grundschuld unterscheidet sich hiernach von der Hypothek dadurch, daß durch die letztere eine Forderung mit benannter causa durch die erstere eine abstrakte Forderung gesichert wird.

[28] Dieß ist die Auffassung der Motive zu E.E.G. bei Werner, Gr.B.G. II. 23; Voß in Behrend Z. VII. 262 nennt dieß Zustandsobligation, indem die eigentliche Grundschuld das dingliche Recht zur Sicherung einer nur durch die eingetragene Summe nebst Zubehör inhaltlich bestimmten Zahlungsverbindlichkeit sei, wobei das obligatorische Band zwischen Gläubiger und Schuldner erst mit der Aufforderung zur Zahlung begründet werde.

[29] Dieß ist die Auffassung von Kindel in Gruchot XX. 128 und Pütter in Magazin IV. 119—121. Der letztere beruft sich dabei darauf, daß dieß schon die Stellung des Gesetzes 21/3 1868 für Neuvorpommern sei, welches zuerst die Grundschuld einführte, indem es die Eintragung ohne Angabe des Schuldgrundes zuließ.

[30] Dieß ist die Definition von Förster Eccius § 190 nach Note 25.

[31] Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 490 und H.R. § 5, 13 bezeichnet die Grundschuld als Realschuld des Deutschen Rechts, nämlich als eine durch das Eigenthum an einem Grundstück bestimmte Obligation, für welche der jeweilige Eigenthümer Schuldner ist, wobei er nur mit seinem Grundstück, nicht mit seinem übrigen Vermögen haftet.

[32] Bähr in Ihering Jahrb. XI. 49 bezeichnet die Grundschuld als dingliche Forderung auf ein Grundstück mit Beschränkung auf dieses. Sachlich trifft diese Definition mit der von Meibom oben Note 31 überein, Bähr deducirt sie aber aus dem römischen Recht, indem hier dasselbe Verhältniß vorliege, wie wenn bei der accessorischen Hypothek der persönliche Schuldner das Objekt veräußere, und der Erwerber des Objekts als dinglicher Schuldner mit diesem hafte. Es ist dieß identisch mit der Definition, die Koch für die Eigenthümer-Hypothek des Preußischen Landrechts aufgestellt hat unten § 316, 97.

[33] Es ist dieß ausgesprochen in Mecklenburg R.R.H.O. § 16 und R.St.-B.O. § 19, und es ist diese Definition in der Mecklenburgischen Praxis recipirt Tschierpe, Erörterungen 92.

Digitized by Google

Ich schließe mich der Ansicht an, welche die Grundschuld als accessorisches Recht für ein abstraktes Summenversprechen auffaßt [34].

Abschnitt 2.

Die Grundlagen.

§ 295.

I. Im Allgemeinen.

Nach den Deutschen Hypothekenordnungen gelten für das Pfandrecht an Immobilien folgende allgemeine Grundsätze:

I. Ein Immobiliarpfandrecht kann nur an einer unbeweglichen Sache oder an einem dieser gleichstehenden Recht bestellt werden (§ 298).

II. Die Begründung eines Immobiliarpfandrechts erfolgt nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch (§ 305. 306).

III. Die Eintragung darf nur erfolgen auf bestimmt bezeichnete Liegenschaften für eine der Summe nach bestimmte Forderung (Princip der Specialität § 297).

IV. Die Eintragung einer Hypothek setzt den Bestand einer Forderung voraus, für welche die Hypothek als Sicherheit dient (accessorische Hypothek § 293. 300).

Mehrere Hypothekengesetze lassen die Bestellung eines Pfandrechts an Immobilien in der Form der Grundschuld zu theils ausschließlich [1] theils nach Wahl der Interessenten neben der accessorischen Hypothek [2]. Alle anderen Hypothekengesetze lassen die Begründung eines Pfandrechts an Immobilien nur in der Form der accessorischen Hypothek zu. Die Grundschuld unterscheidet sich von der Hypothek darin, daß die Eintragung ohne Angabe eines Schuldgrundes erfolgt (§ 294).

---

[34] Daß die Grundschuld des Preußischen Rechts ein accessorisches Recht sei ist von Rudolph accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVIII. 269 folg. treffend nachgewiesen.

[1] Dieß ist der Fall nach den H.O. von Hamburg und Lübeck und der R.R.H.O. und der R.St.B.O. von Mecklenburg.

[2] Dieß ist der Fall nach den Grundbuchgesetzen von Preußen, Oldenburg, Coburg-Gotha, Lippe-Detmold und Lippe-Schaumburg.

Digitized by Google

V. Die Rangordnung unter den Pfandrechten an Immobilien, sowohl Hypotheken als Grundschulden, wird ausschließlich durch die Reihenfolge der Einträge bestimmt (Princip der Priorität § 321).

VI. Der Inhalt des Hypothekenbuchs ist insoferne maßgebend, als Dritte, welche in gutem Glauben Rechte an dem Hypothekenobjekt erworben haben, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt werden (Princip der Publicität § 296).

Diesen Principien gegenüber verhalten sich die Bestimmungen des französischen Rechts in folgender Weise:

I. Gegenstand einer Hypothek sind nur Immobilien und der Nießbrauch (§ 298).

II. Immobiliarprivilegien und Hypotheken bedürfen der Eintragung nur zur Wirkung gegen Dritte, nicht aber zu ihrer Entstehung für die ursprünglichen Interessenten. Auch von dieser Beschränkung sind die gesetzlichen Hypotheken der Bevormundeten und der Ehefrauen befreit, da sie auch zur Geltung Dritten gegenüber der Eintragung nicht bedürfen.

III. Nach französischem Recht sind die gesetzlichen und gerichtlichen Hypotheken Generalpfandrechte, welche, wenn nichts anderes ausgemacht ist, die sämmtlichen gegenwärtigen und künftigen Immobilien des Schuldners ergreifen; die Specialität gilt nur für die Immobiliarprivilegien und die Conventionalhypotheken (§ 297).

IV. Jedes Immobiliarprivilegium und jede Hypothek setzt den Bestand einer Forderung voraus, für welche das Objekt als Sicherheit dient (§ 293. 300). Dem Französischen Recht ist das Institut der Grundschuld nicht bekannt.

V. Das Französische Recht hat den Grundsatz der Deutschen Hypothekenordnungen, daß gutgläubige Erwerber einer Hypothekforderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt werden, nicht anerkannt.

VI. Der Grundsatz des Deutschen Rechts, daß sich die Rangordnung unter den Immobiliarpfandrechten nur nach der Eintragung richte, ist im französischen Recht nicht anerkannt, da hiernach nicht nur nicht eingetragene Pfandrechte den Vorrang vor den eingetragenen haben können, sondern auch unter den eingetragenen der Vorrang nach der Beschaffenheit der Forderung sich verschieden gestalten kann (§ 321).

Digitized by Google

§ 296.

II. Grundsatz der Publicität [1].

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs in Anwendung auf den Bestand von Hypotheken und Grundschulden enthält nach Deutschem Hypothekenrecht folgende Rechtssätze:

I. Das Hypothekenobjekt haftet dem Erwerber eines Pfandrechts in dem Umfang, in welchem es zur Zeit der betreffenden Rechtshandlung in dem Hypothekenbuch vorgetragen war [2].

II. Ueber die Dispositionsbefugniß des Bestellers eines eingetragenen Pfandrechts entscheidet lediglich der Vortrag im Hypothekenbuch. Der hier als Eigenthümer des Objekts Vorgetragene kann giltig Pfandrechte bestellen ohne Rücksicht darauf, ob er der wirkliche Eigenthümer ist oder nicht, und es werden Pfandrechte, die gegen ihn bestellt sind, dem Erwerber, dem der öffentliche Glaube des Hypothekenbuchs zur Seite steht, erworben, auch wenn er zur Zeit der Bestellung nicht Eigenthümer des Pfandobjekts war [3]. Dabei wird eine Dispositionsbeschränkung des Bestellers nur berücksichtigt, insoferne sie, soweit dieß erforderlich ist, in das Hypothekenbuch eingetragen ist [4].

III. Zur Verfügung über eine Post durch Cession Verpfändung und Rangabtretung ist der im Hypothekenbuch als Gläubiger eingetragene befugt, und die von ihm getroffenen Verfügungen sind für dritte Erwerber, denen der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, wirksam [5].

IV. Der Schuldner kann einem dritten gutgläubigen Erwerber einer Hypothek Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß nur dann entgegensetzen, wenn sein Widerspruch im Hypothekenbuch vorgemerkt ist [6].

---

[1] Vgl. oben § 222, 123 folg.

[2] Vgl. unten § 307, 2.

[3] Pr. E.E.G. § 9, 2; Württemberg Pf.G. Art. 57; Regelsberger, H.R. § 36, 6; Römer, Pf.R. § 5, 3; Meibom, H.R. § 16, 19.

[4] Regelsberger, H.R. § 36, 7; Altenburg und beide Reuß H.O. § 21 Nr. 2. Vgl. unten § 299, 9.

[5] Regelsberger, H.R. § 36, 9; Römer, Pf.R. § 11 Nr. 1.

[6] Vgl. oben § 293, 9 und unten § 313, 37. Für die Grundschuld des Preußischen Rechts gilt dieser Grundsatz nicht, gegen den Erwerber einer

Digitized by Google

V. Für den Erwerber einer Hypothek oder Grundschuld, dem der öffentliche Glaube zur Seite steht, bleibt die zu Unrecht erfolgte Löschung einer vorgehenden Post, die zur Zeit seines Rechtserwerbs bereits vollzogen war, bei Bestand [7]. Ebenso kann sich der Erwerber eines Immobiles oder einer Hypothek oder Grundschuld auf die unrechtmäßiger Weise erfolgte zur Zeit seines Rechtserwerbs bereits vollzogene Löschung einer Hypothek oder Grundschuld berufen, wenn ihm hinsichtlich derselben der öffentliche Glaube zur Seite steht [8].

Das französische Recht hat das Princip der Publicität nicht in dem Umfang zur Anwendung gebracht, den es in den Deutschen Hypothekenrechten angenommen hat, was sich schon daraus erklärt, daß die Grundlagen ganz verschieden sind, wie sich in Folgendem zeigt:

I. Der Grundsatz der Publicität ist nach französischem Recht schon dadurch beschränkt, daß die Legalhypotheken der Bevormundeten und der Ehefrauen nicht inskriptionspflichtig also von der Oeffentlichkeit ausgeschlossen sind. Die Wirkungen der Publicität können sich daher nur auf die Immobiliarprivilegien und die inskriptionspflichtigen Hypotheken, nämlich die Legalhypothek des Staats die Judicialhypothek und die Conventionalhypothek beziehen.

II. Die Inskription der Immobiliarprivilegien und der inskriptionspflichtigen Hypotheken hat nur den Zweck, die Priorität vor anderen Forderungen gegen den Schuldner zu sichern und die Verfolgung gegen einen dritten Erwerber des Objekts möglich zu machen [9]. Die Inskriptionsregister genießen daher insoferne öffentlichen Glauben, als sie bekunden, daß die darin inskribirten Forderungen das ihnen gesetzlich eingeräumte Vorzugsrecht vor an-

---

Grundschuld können vielmehr Einreden, die dem Beklagten nicht unmittelbar gegen den Kläger zustehen, nur vorgebracht werden, wenn sie sich aus dem Grundschuldbrief ergeben Pr. E.E.G. § 38, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 9. 10.

[7] Pr. G.B.O. § 118; Sachsen B.G.B. § 465; Altenburg und Reuß ä. und j. L. H.O. § 27, 6; Regelsberger, H.R. § 32, 7; Exner, H.R. § 78, 11.

[8] Pr. Gr.B.O. § 118; Sachsen B.G.B. § 465; Altenburg und beide Reuß H.O. § 21, 6. Dieser Grundsatz ist in Weimar Pf.G. § 131 und Darmstadt Pf.G. Art. 168 nicht anerkannt, nach diesen wird vielmehr eine unrechtmäßig gelöschte Hypothek mit dem vorigen Rang wieder hergestellt.

[9] Vgl. unten § 305.

Digitized by Google

deren Forderungen genießen, und daß keine anderen als die hier inskribirten inskriptionspflichtigen Posten ein solches Vorzugsrecht anzusprechen haben, sowie daß keine anderen als die hier inskribirten inskriptionspflichtigen Posten einem dritten Erwerber des Objekts gegenüber geltend gemacht werden können.

III. Da das Transskriptionsregister nur die vertragsmäßigen Veräußerungen von Liegenschaften registrirt, so ist nach französischem Recht weder der Umfang des Objekts noch die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers durch den öffentlichen Glauben des Registers geschützt. Dieser ist nur insoferne gegeben, als wenn jemand als Eigenthümer im Transskriptionsregister registrirt ist, nur gegen ihn Inskriptionen genommen werden können.

IV. Nach französischem Recht können dem Cessionar eines Pfandgläubigers alle Einreden entgegengesetzt werden, welche dem Schuldner gegen den Cedenten zustanden, und es wird darin auch durch Inskription einer Hypothekforderung nichts geändert [10].

---

§ 297.

III. Grundsatz der Specialität [1].

Abweichend von den Bestimmungen des gemeinen Rechts, welches General- und Specialhypotheken unterscheidet, jenachdem das Pfandrecht sich auf das ganze Vermögen des Schuldners d. h. alle gegenwärtig und künftig zu demselben gehörenden Gegenstände oder nur auf einzelne bestimmte Sachen erstreckt [2], hat das neuere Deutsche Hypothekenrecht das Princip der Specialität ausgebildet [3],

---

[10] Vgl. oben § 293, 15.

[1] Regelsberger, H.R. § 28; Exner, H.R. § 5.

[2] Ueber den Begriff der Generalhypothek vgl. Windscheid § 228; Regelsberger, H.R. 28, 1. Mit Recht wird hervorgehoben, daß die Terminologie ungenau sei, indem das, was wir Generalpfandrecht nennen, nur die Bedeutung von Specialpfandrechten habe, die durch eine Generalverpfändung constituirt sind.

[3] Allgemein wurde dieser Grundsatz zuerst in dem Preußischen Landrecht aufgestellt, indem dasselbe die in der H.O. von 1783 noch erhaltenen Generalhypotheken ganz beseitigte Förster Eccius § 191, 21. In Oesterreich waren die Generalpfandrechte schon vor Erlaß des A.B.G.B. durch Specialgesetze aufgehoben Exner, H.R. § 5, 8.

Digitized by Google

wonach eine Hypothek (Grundschuld) nur durch Eintragung auf bestimmte einzelne Objekte entstehen kann[4]. Soll eine Hypothek (Grundschuld) auf mehreren Objekten des Schuldners bestellt werden, so ist sie als ungetheilte Hypothek (Grundschuld) einzutragen (Correalhypothek, Simultanhypothek)[5]. Das Princip der Specialität erstreckt sich auch auf die Forderung, indem die Eintragung nur für eine bestimmte Summe geschehen darf[6]. Für Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, muß daher ein Anschlag in Geld getroffen[7] und für Forderungen, deren Betrag zur Zeit nicht bekannt ist (Sicherheitshypothek, Cautionshypothek), muß eine Maximalsumme angegeben werden[8].

Nach Französischem Recht ist der Grundsatz der Specialität für gesetzliche und richterliche Hypotheken gar nicht anerkannt und nur für die Immobiliarprivilegien und Conventionalhypotheken ausgebildet.

I. Bei gesetzlichen Hypotheken erstreckt sich die Hypothek auf alle Immobilien, welche der Schuldner zur Zeit der Entstehung als Eigenthümer hat, und die er bis zur vollständigen Beseiti-

---

[4] Bayern H.G. § 11; Württemberg Pf.G. Art. 10; Sachsen B.G.B. § 388; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 49; Reuß ä. L. H.O. § 50; Hessen Pf.G. Art. 38; Rudolstadt H.O. § 11; Meiningen E.G. Art. 11; Mecklenburg Meibom, H.R. § 6, 6.

[5] Pr. E.E.G. § 42; Dernburg, Pr. P.R. I. § 330; Bayern, H.G. § 147; Regelsberger, H.R. § 58. 59; Sachsen B.G.B. § 379; Siegmann, H.R. § 50, 5; Württemberg Pf.G. Art. 189 Römer, Pf.R. § 47, 1; Mecklenburg R.St.B.O. § 14, 2; Oesterreich Gr.B.G. § 15; Exner, H.R. § 40—42. In einzelnen Landesrechten ist die Neuerrichtung von Correalhypotheken untersagt, so in Mecklenburg nach mehreren H.O. Meibom, H.R. § 15, 14—21 und nach Hamburg H.O. § 30. Zu unterscheiden davon sind die Verbandhypotheken, bei welchen zum Zweck der Hypothekbestellung mehrere selbstständige Grundstücke zu einer Grundstückseinheit verbunden werden Meibom, H.R. § 15, 7.

[6] Pr. E.E.G. § 23; Bayern, H.G. § 11; Regelsberger, H.R. § 28. II; Württemberg Pf.G. Art. 11 Römer, Pf.R. § 3, 3; Sachsen B.G.B. § 389; Altenburg H.O. § 50; Reuß ä. L. H.O. § 51; Reuß j. L. H.O. § 49; Hessen Pf.G. § 38 Müller, Pf.R. § 13, 2; Rudolstadt H.O. § 12; Weimar Pf.G. § 9; Meiningen E G. Art. 11; Lübeck H.O. § 31; Oesterreich Gr.B.G. § 14 Exner, H.R. § 5 Nr. 2.

[7] Regelsberger, H.R. § 28. II. 2a; Lang, Sachenrecht § 167, 6.

[8] Vgl. unten § 301, 5.

Digitized by Google

gung des Schuldverhältnisses erwirbt [9]. Jedoch können durch Disposition folgende Modifikationen eintreten:

1. Bei der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau kann

a. durch Ehevertrag die Hypothek auf bestimmt bezeichnete Immobilien des Ehemannes beschränkt werden, wodurch alle nicht genannten und die später erworbenen Immobilien desselben pfandfrei werden [10], und es können bestimmt bezeichnete Immobilien des Ehemannes von dem Pfandnexus ausgenommen werden [11].

b. Während der Ehe kann unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens auf Antrag des Ehemannes mit Zustimmung der Ehefrau eine Beschränkung des Pfandrechts auf die für Sicherstellung des Forderungsanspruchs genügenden Immobilien des Ehemannes verfügt werden [12].

2. Bei der gesetzlichen Hypothek der Minderjährigen und Entmündigten kann:

a. Der Familienrath bei Ernennung des Vormunds das Unterpfand des Mündels auf bestimmte Immobilien des Vormunds beschränken [13].

b. Der Vormund kann, wenn das freie liegenschaftliche Vermögen desselben die Ansprüche des Mündels notorisch übersteigt durch Klage gegen den Gegenvormund eine Minderung des Unterpfandrechts erwirken [14].

II. Die richterliche Hypothek ergreift mit ihrer Entstehung die sämmtlichen Immobilien des Schuldners sowohl diejenigen, die er zur Zeit der Entstehung hat als diejenigen die er in der Folge erwirbt [15]. Auch bei der richterlichen Hypothek kann eine Minderung auf den für die Sicherheit genügenden Umfang dann ein-

---

[9] C. c. Art. 2132. Die Ausdehnung auf die künftig zu erwerbenden Immobilien wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß zur Zeit des Erwerbs der Schuldner die Eigenschaft nicht mehr hatte, welche zur Begründung der gesetzlichen Hypothek Veranlassung gibt Zachariä § 264, 21.

[10] C. c. Art. 2140 Zachariä § 264, 23.

[11] Zachariä § 264, 23.

[12] C. c. Art. 2144 Zachariä § 75, 14.

[13] C. c. Art. 2141. 2142. Es gilt dieß nur für den Dativvormund Zachariä § 273, 5.

[14] C. c. Art. 2143 Zachariä § 275, 10a. Es gilt dieß für alle Vormünder auch die testamentarischen und gesetzlichen Zachariä § 273, 5.

[15] C. c. Art. 2123 Zachariä § 265, 17.

Digitized by Google

treten, wenn das liegenschaftliche freie Vermögen des Schuldners den Betrag der Schuld notorisch übersteigt [16].

III. Für die Immobiliarprivilegien ist die Specialität anerkannt, indem sie nur gegen diejenigen Immobilien wirken, auf die sie sich beziehen [17].

IV. Für Conventionalhypotheken gilt gesetzlich das Princip der Specialität, indem Aufführung der einzelnen der Inskription unterstellten Objekte im Pfandvertrag vorgeschrieben ist [18]. Doch kann der Schuldner ausdrücklich auch künftig zu erwerbende Liegenschaften der Verpfändung unterstellen, wenn die gegenwärtig vorhandenen unzureichend sind [19]. Bei Conventionalhypotheken muß nach französischem Recht der Betrag der Forderung in einer Geldsumme festgestellt sein [20].

Abschnitt 3.

Entstehung der Hypothek und Grundschuld.

Abtheilung 1.

Allgemeine Voraussetzungen.

§ 298.

I. Das Objekt der Pfandbestellung.

Eine Hypothek oder Grundschuld kann nach Deutschem Recht nur an einem Gegenstand bestellt werden, für welchen ein Folium im Hypothekenbuch eröffnet [1], oder der im Güterbuch eingetragen ist [2]. Voraussetzung ist, daß er dem Verkehr nicht entzogen sei [3],

---

[16] C. c. Art. 2161 Zachariä § 275, 8a.

[17] C. c. Art. 2103 Zachariä § 263.

[18] C. c. Art. 2129 Zachariä § 266, 25.

[19] C. c. Art. 2130 Zachariä § 266, 26.

[20] Vgl. unten § 300, 20.

[1] Pr. E.E.G. § 18; P.Gr.B.O. § 1. 2; Regelsberger, H.R. § 44; Altenburg und beide Reuß H.O. § 27. Vgl. oben § 259, 5.

[2] Württemberg Pf.G. Art. 57; Darmstadt Pf.G. Art. 8. 36 Müller, Pf.R. § 11, 3; Weimar Pf.G. § 14. Nach Rudolstadt H.G. § 13 können Hypotheken nur an solchen Immobilien bestellt werden, die dem Besteller gerichtlich übereignet sind.

Digitized by Google

was sich aus der Eintragung in das Hypothekenbuch oder Güterbuch von selbst ergibt [4]. Eintragungsfähig sind nur unbewegliche Sachen und solche Rechte, welche den Immobilien gleich geachtet sind [5]. Hypothekenobjekte sind demnach:

1. Der Grund und Boden [6] mit allen seinen Bestandtheilen [7], namentlich dem was sich von Natur in dem Boden befindet [8], was über dem Boden in organischer Verbindung mit ihm steht [9], und was in dem Boden festgebaut ist [10].

2. Rechte, insoferne sie den Immobilien gleich geachtet werden, und selbstständig sind [11]. Nach Preußischem Recht gehören dahin das Bergeigenthum [12] und selbstständige Gerechtigkeiten, für welche Grundbuchblätter angelegt sind [13]. Bestritten ist, ob die

---

[3] Regelsberger, H.R. § 45, 2. 3; Römer, Pf.R. § 22, 6; Müller, Pf.R. § 29, 6; Weimar Pf.G. § 10.

[4] Dem Verkehr entzogene Sachen werden, solange dieses Verhältniß dauert, in die Grundbücher nicht eingetragen oben § 259, 6. Die Frage, ob Eisenbahnen verpfändet werden können, ist zu bejahen Regelsberger, H.R. § 45, 7. Nach Pr. Gr.B.O. § 2 werden die Grundstücke der Eisenbahnen in dem Grundbuch jedes Bezirks eingetragen wenn sie belastet werden sollen. Die Eintragung der ganzen Eisenbahn als Gutsverband nach Gr.B.O. § 25 hält nicht für zulässig Förster Eccius § 192, 81. Nach Oesterreichischem Recht werden besondere Eisenbahnbücher geführt oben § 221, 2.

[5] Pr. Gr.B.O. § 1, 3; Bayern H.G. § 3; Württemberg Pf.G. Art. 3; vgl. oben § 259, 5—7.

[6] Dernburg Hinrichs § 16 Nr. 3; Müller, Pf.R. § 33, 2.

[7] Ueber die Unterscheidung der Bestandtheile von den Pertinenzen vgl. oben § 81, 11.

[8] Vgl. oben § 75, 17.

[9] Vgl. oben § 75, 12.

[10] Vgl. unten § 307, 8.

[11] Voraussetzung ist, daß ihnen ein besonderes Folium eröffnet ist vgl. oben § 259, 7. Es sind somit die als Bestandtheile oder Pertinenzen eines Immobiles erscheinenden Rechte von der selbstständigen Hypothekbestellung ausgeschlossen unten Note 33.

[12] Pr. E.E.G. § 68; Pr. Gr.B.O. § 3; Dernburg Hinrichs § 16 Nr. 1; Coburg E.E.G. § 68; Braunschweig E.E.G. § 70.

[13] Pr. E.E.G. § 69; Pr. L.R. I. 20. 395; Förster Eccius § 192, 77; Braunschweig E.E.G. § 71; Coburg E.E.G. § 69; Sondershausen E.E.G. § 61. Voraussetzung ist Selbstständigkeit, unbegrenzte Dauer und Veräußerlichkeit. Es gehören dazu nach Preußischem Recht die Apothekerprivilegien, die Schiffsmühlgerechtigkeiten und die Fahr- und Fischereigerechtigkeiten Bahlmann, Anm. e zu Gr.B.O. § 3; nach Braunschweigischem Recht die Zehnt-

Digitized by Google

nach Preußischem Landrecht zulässige Revenuenhypothek auch nach neuerem Recht giltig errichtet werden könne [14]. Nach Bayrischem Recht können solche fruchtbringende Rechte Gegenstand der Hypothekbestellung sein, die selbstständig dinglich und selbstständig veräußerlich sind und die mit dem Tod des Berechtigten nicht erlöschen [15]. Ebenso können nach Sächsischem Recht [16], sowie nach

---

schäfereigerechtigkeit, die Badstubengerechtigkeit, Apotheken, die Schmiede-, Krug- und Abdeckereigerechtigkeit, dann Emphyteuse, Erbzins- und Meierrechte, soweit sie noch existiren Mansfeld, Anm. 1. 2 zu E.E.G. § 71. Nach Oldenburg Gr.B.O. § 1 und Detmold Gr.B.O. § 1 werden Grundbuchblätter für selbstständige Gerechtigkeiten nicht geführt.

[14] Sie beruht auf Pr. L.R. I. 20. 26. 27. 225. Die Motive zu E.E.G. § 45 erachten dieselbe durch das E.E.G. als abgeschafft, da die Grundlage derselben, die vertragsmäßige Festsetzung, daß der Gläubiger seine Befriedigung nicht aus der Substanz sondern nur aus den Früchten suchen dürfe, gesetzlich verboten sei; daher erklären sich für die Unzulässigkeit nach neuerem Recht Förster, Gr.B.R. 167; Bahlmann, Anm. 2 zu Gr.B.O. § 45; Achilles, Anm. 2 zu Gr.B.O. § 45; Turnau, Gr.B.O. I. 344 Nr. 2; Förster Eccius § 190, 33. A. M. Dernburg, Pr. P.R. I. § 328, 16. Nicht berührt werden dadurch die bereits bestehenden Revenuenhypotheken und die Begründung solcher Rechte an Lehen und Familienfideicommissen.

[15] Bayern H.G. § 3. Es gehören dahin Fischereirechte, Bodenzinse, das Bergeigenthum, dingliche Gewerbsrechte, das Platzrecht, nicht aber Personal- und Prädialservituten, Hypothekforderungen und die mit dem Leben des Berechtigten erlöschenden Reallasten Roth, Bayr. C.R. (1) § 187, 10—20; Regelsberger, H.R. § 46. II. Das Ewiggeldrecht, obwohl den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechend, wird von der Bayrischen Praxis als Hypothekobjekt nicht zugelassen Roth, Bayr. C.R. (1) § 178, 14; § 187, 18.

[16] Nach Sachsen B.G.B. § 495 können Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuch erhalten haben, verpfändet werden. Es gehören dahin die Bau- und Kellerrechte, das Bergeigenthum, Lehen- und Erbzinsgüter und diejenigen Gerechtigkeiten, für welche mit Erlaubniß des Justizministeriums ein Folium angelegt wird Siegmann, H.R. § 58—60. Nach Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 11. 27 und Reuß ä. L. H.O. § 14. 29 können fruchtbringende dingliche Rechte, welche nicht Zubehörungen eines Grundstücks sind und deren Ausübung nicht von dem Besitz eines Grundstücks abhängt und die mit dem Tod des Berechtigten nicht erlöschen, dann dingliche Gewerbsberechtigungen, die nicht als zu einem Grundstück gehörig zu betrachten und nicht an die Person des Berechtigten gebunden sind, Gegenstand der Hypothekbestellung sein, wenn ihnen mit behördlicher Erlaubniß ein Folium eröffnet wird. Es ist dieß dem Sächsischen H.G. 1843 § 14. 29 entnommen. Siegmann, H.R. § 58, 4.

Digitized by Google

den Rechten von Württemberg[17], Hessen-Darmstadt[18], Weimar[19], Meiningen[20], Rudolstadt[21] und Anhalt[22] selbstständige Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleichgestellt sind, Gegenstand der Hypothekbestellung sein. Nach Oesterreichischem Recht kann bei getheiltem Eigenthum der Untereigenthümer an seinem Recht Hypothek bestellen[23]; für das Bergeigenthum werden besondere Berghypothekenbücher geführt[24]; außerdem sind zur Hypothekbestellung geeignet der Nießbrauch und andere Personalservituten, insoferne ihre Ausübung übertragbar und nicht auf die Person des Berechtigten beschränkt ist[25], intabulirte Bestandrechte[26] und bü-

---

[17] Württemberg Pf.G. Art. 3: „Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleich kommen." Es werden dahin gerechnet Lehen, Erbzinsrechte, das Platzrecht, der Nießbrauch an Liegenschaften, das Bergeigenthum, Dienstbarkeiten an Privateigenthum soweit sie nicht mit einem Gut untrennbar verbunden sind, Sonderberechtigungen an öffentlichen Sachen, Reallasten und Realgemeinderechte nicht aber Hypothekarrechte Römer, Pf.R. § 22. II; Lang, Sachenrecht § 166, 38—49.

[18] Pf.G. Art. 7. 1 „unbewegliche Rechte". Als solche werden angesehen der Nießbrauch an Immobilien und vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte nicht aber Prädialservituten und das Hypothekenrecht Müller, Pf.R. § 33 Nr. 2.

[19] Sachsen-Weimar Pf.G. § 2: „Unbewegliche körperliche Sachen oder Rechte an solchen." Nach Ausf.V. 12/3 1841 § 41. 42 gehören dahin Realrechte wie Zinsstöcke und Zehntberechtigungen, die Rechte des Eigenthümers an Erbpachtgütern und Laßgütern und des Obereigenthümers bei getheiltem Eigenthum. Es werden dafür besondere Folien angelegt. Rechte, welche einzeln nicht veräußert werden können z. B. Realservituten und andere mit einem berechtigten Gut verbundene Gerechtsame können abgesondert nicht verpfändet werden Pf.G. § 11.

[20] Nach Meiningen H.G. Art. 1. c. d. und Art. 9 können die auf Privatwillkür beruhenden Personalservituten, dann die den Personalservituten ähnlichen vorübergehenden Lasten (Auszug, Wohnungsrecht, Witthum, Leibzucht) Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung sein.

[21] Nach Rudolstadt H.O. § 3 können den unbeweglichen Sachen gleichgeachtete nutzbare Realrechte Gegenstand der Hypothekbestellung sein.

[22] Nach Anhalt Gr.B.O. § 34 können die den Grundstücken gleich zu achtenden Rechte Gegenstand der Hypothekbestellung sein.

[23] A.B.G.B. § 1128 Exner, H.R. § 4, 6.

[24] Exner, H.R. S. 20. 49.

[25] Exner, H.R. § 4. 8.

[26] Exner, H.R. § 4. 9.

Digitized by Google

cherliche Reallastberechtigungen[27]. Dagegen ist die nach Oesterreichischem Recht zuläßige Verpfändung ad fructus[28] nicht als gesonderte Verpfändung der Früchte eines Hypothekenobjekts aufzufassen, sondern als Stipulation, daß die Geltendmachung des Hypothekenrechts nicht durch Zwangsverkauf des Hypothekenobjekts sondern durch Beschlagnahme der Nutzungen erfolgen solle[29]. Mehrere Hypothekengesetze lassen die Hypothekbestellung an Rechten nicht zu[30].

3. Mobilien und die ihnen gleichstehenden Rechte sind nicht Gegenstand selbstständiger Hypothekerrichtung, sondern sie können nur in ihrer Eigenschaft als Pertinenzen eines Hypothekenobjekts von den darauf eingetragenen Hypotheken ergriffen werden[31].

Die Hypothekbestellung kann auf das Hypothekenobjekt nur als einheitliches Ganzes erfolgen. Daher können nicht reell getrennte Theile eines Immobiles nicht gesondert verpfändet werden[32], und ebensowenig sind dingliche Rechte, welche aktiv mit einem Immobile verbunden sind, solange diese Verbindung dauert, Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung[33]. Ebensowenig kann

---

[27] Exner, H.R. § 4. 11.

[28] A.B.G.B. § 457. 632.

[29] Exner, H.R. § 3 Nr. 2 und § 34, 16. Es liegt darin ein vertragsmäßiger Verzicht auf Zwangsverkauf, wie dieß auch nach anderen Hypothekengesetzen zuläßig ist, vgl. unten § 310, 13.

[30] Es gehören dahin Oldenburg Gr.B.O. § 1; Detmold Gr.B.O. § 1; Hamburg H.O. § 30; Lübeck H.O. § 4 und 31 und die Mecklenburgischen Hypothekenordnungen Meibom, H.R. § 15, 1.

[31] Vgl. unten Note 42.

[32] Bayern H.G. § 120; Sachsen B.G.B. § 388; Altenburg H.O. § 55; Reuß j. L. H.O. § 54; Reuß ä. L. H.O. § 57a; Weimar Pf.G. § 12; Rudolstadt H.O. § 11; Hamburg H.O. § 12; Oesterreich Gr.B.G. § 13 Exner, H.R. § 3, 4 und § 38, 6. Für zuläßig halten die Verpfändung eines nicht getrennten reellen Theils eines Immobile nach Württembergischem Recht Römer, Pf.R. 116; Lang, Sachenrecht § 166, 32 und nach Hessen-Darmstädtischem Recht Müller, Pf.R. § 16, 12. Nach Preußischem Recht ist es bestritten, dafür Kretschmann in Gruchot XI. 227; Bahlmann, G.B.O. 108; Turnau, Gr.B.O. I. 304; Erk. Marienwerder 5/12 1876 Johow, Jahrb. VII. 230; dagegen Tülff bei Gruchot XI. 12; Achilles Ges. 193; Förster Eccius § 192, 36; Erk. Naumburg 25/1 1876 Johow VI. 160; Kammergericht 29/1 1878 Johow VIII. 226.

[33] Es folgt dieß aus den oben Note 13 und 16—22 aufgeführten Bestimmungen der Hypothekenordnungen, welche die Hypothekbestellung nur auf

Digitized by Google

der Eigenthümer ideelle Theile eines Hypothekenobjekts gesondert verpfänden [34]. Dagegen ist nach den meisten Hypothekenordnungen dem Miteigenthümer die Verpfändung seines ideellen Antheils an dem Hypothekenobjekt gestattet [35].

---

solche dingliche Rechte zulassen, welche selbstständig dinglich, d. h. nicht mit einem andern Immobile verbunden sind.

[34] Gemeinrechtlich kann die Befugniß des Eigenthümers den ideellen Theil eines Objekts zur Hypothek zu bestellen nicht bezweifelt werden; s. gegen die abweichende Ansicht von Bremer, Hypothek und Grundschuld 32 die Ausführung von Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs 63, 130; Windscheid § 226a, 3; Römer, Pf.R. § 22, 14. Ausdrücklich anerkannt ist diese Befugniß Weimar Pf.G. § 12, und sie wird als geltend angenommen nach Württembergischem Recht von Römer, Pf.R. 117 und Lang, Sachenrecht § 166, 35. Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Zulässigkeit der Verpfändung eines ideellen Theils durch den Alleineigenthümer Nassau Stockbuchgesetz § 5; Sachsen B.G.B. § 372. 388; Altenburg H.O. § 55; Reuß ä. L. H.O. § 57; Reuß j. L. H.O. § 54; Hamburg H.O. § 12; Oesterreich Gr.B.G. § 13 Exner, H.R. § 3. 14. Für unzuläßig ist sie zu halten nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 15, 5 und nach Preußischem Recht, da nach E.E.G. § 30 Nr. 1 das ganze Grundstück, wie es auf dem Grundbuchblatt eingetragen ist, haftet. Auch diejenigen, welche nach Preußischem Landrecht die besondere Verpfändung einzelner auf dem Grundbuchblatt verzeichneter nicht besonders ausgeschiedener Stücke für zuläßig halten oben Note 32, behaupten nicht, daß der Alleineigenthümer einen ideellen Theil des Grundbuchkörpers verpfänden dürfe Bahlmann, Gr.B.G. 108. Erk. Naumburg 25/1 1876 Johow VI. 160 spricht aus, daß E.E.G. § 23. 30. 32 und Gr.B.O. § 1. 5 und 58 der Verpfändung einzelner Antheile entgegenstehe und das E.E.G. § 21 und 43 nur für Miteigenthümer eine Ausnahme mache. Das Gleiche ist nach Bayrischem Recht anzunehmen; die Bestimmung des H.G. § 33, daß sich die Hypothek als dingliches Recht auf die ganze Sache und alle Theile erstrecke, und H.G. § 120, daß die Verpfändung einzelner Bestandtheile eines Gutscomplexes die Errichtung eines eignen Foliums im Hypothekenbuch voraussetze, schließt die Verpfändung des ideellen Theils eines Hypothekenobjekts durch den Alleineigenthümer aus, wie dieß auch bisher in der Praxis als zweifellos gehalten wurde, und auch den Landesrechten entspricht, welche die Grundstückseinheit angenommen haben. A. M. Regelsberger, H.R. § 44, 5 unten Note 35.

[35] Ausdrücklich gestatten dieselbe Pr. E.E.G. § 21, und damit übereinstimmend Oldenburg E.E.G. § 21; Braunschweig E.E.G. § 29; Coburg E.E.G. § 21; Detmold E.E.G. § 20; Sondershausen E.E.G. § 21; Nassau Stockbuchgesetz § 5; Württemberg Pf.G. Art. 9 Römer, Pf.R. § 22, 13; Lang, Sachenrecht § 166, 33; Sachsen B.G.B. § 388; Darmstadt Pf.G. Art. 9. 58 Müller, Pf.R. § 34, 20; Weimar Pf.G. § 13; Altenburg H.O. § 56; Reuß j. L. H.O. § 55; Reuß ä. L. H.O. § 57; Rudolstadt H.O. § 49; Oesterreich

Digitized by Google

Hypothekenobjekte können unbewegliche[36] und bewegliche[37] Pertinenzen haben; auch Rechte können in eine derartige Ver-

G.B.G. § 13 Exner, H.R. § 24, 8. Ausgeschlossen ist dieselbe in den Mecklenburgischen Hypothekenordnungen Meibom, H.R. § 15, 4 und nach Hamburg H.O. § 9. 13 und Lübeck H.O. § 17. Keine Bestimmung enthalten die H.G. von Meiningen, Anhalt und Bayern. Für das letztere ist es bestritten, ob ein Miteigenthümer auf seinen Antheil eine Hypothek bestellen könne. Gegen die Zulässigkeit erklären sich A.E. 29/2 1856 und 6/5 1857 Arends V. 184; Erk. München 27/12 1874 Sammlg. IV. 164, und Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 40; für die Zulässigkeit unter Voraussetzung der Anlegung eines besonderen Foliums Lehner, H.R. § 28 und Jungermann, Handbuch 167; für die Zulässigkeit ohne diesen Vorbehalt Gönner, Commentar I. 125. II. 400; A.E. 15/2 1841 und 12/3 1841 Bl. VI. 270; Erk. München 14/1 1870 Bl. XXXV. 161; 27/2 1872 Sammlg. II. 1. Viel weiter gehen Regelsberger in Bl. XXXVIII. 241—245. 257—261 und H.R. § 44, 5 und Erk. München 22/3 1881 Sammlg. IX. 32, indem sie nach Bayrischem Recht die Hypothekerrichtung auf einem Bruchtheil des Hypothekobjekts überhaupt für zulässig erachten.

[36] Ausdrücklich führen die unbeweglichen Pertinenzen an Pr. E.E.G. § 30 Nr. 6; Bayern H.G. § 34. 36; Altenburg H.O. § 57; Reuß j. L. H.O. § 56; Reuß ä. L. H.O. § 58. Immobiliarpertinenzen waren nach früherem Recht von Bedeutung als Verbindung einzelner Grundstücke mit geschlossenen Gütern Weimar Pf.G. § 259 oder mit Gütern von besonderer Beschaffenheit deren Eigenschaft sie nicht theilen vgl. oben § 81, 25; Weimar Pf.G. § 287. Das erstere hat jetzt überall da, wo die Geschlossenheit der Güter beseitigt ist, seine Bedeutung verloren vgl. oben § 237, 3. Vielfältig beruht die Bezeichnung als Pertinenz auf einer Verwechslung mit Bestandtheil Wächter, Erörterungen I. 37; Regelsberger, H.R. § 47. I. 1. Jetzt bildet da, wo die Geschlossenheit der Grundbesitzungen aufgehoben ist, die Gesammtheit der auf dem Grundbuchblatt eingetragenen Bestandtheile eines Grundstückkörpers eine Einheit. Indessen kann die Eigenschaft als Immobiliarpertinenz noch von Bedeutung sein für Grundstücke, die in einem anderen Grundbuchsbezirk liegen als demjenigen, in welchem das Grundbuchblatt angelegt ist, indem hier für Immobiliarpertinenzen ein besonderes Grundbuchblatt angelegt wird Pr. Gr.B.O. § 5; die gleiche Bestimmung haben Oldenburg Gr.B.O. § 4; Detmold Gr.B.O. § 4; Sondershausen Gr.B.O. § 4; Bayern H.G. § 121. 123; Sachsen G.O. 1865 § 111; Altenburg H.O. § 159; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 158.

[37] Die Mehrzahl der Gesetze läßt darüber, was als bewegliche Pertinenz des Hypothekenobjekts anzusehen sei, nur das Civilrecht entscheiden Pr. E.E.G. § 30, 7; Oldenburg E.E.G. § 30, 7; Coburg E.E.G. § 30, 7; Sondershausen E.G. § 27, 7; Hessen Pf.G. Art. 49; Mecklenburgische H.O. bei Meibom, Pf.R. § 25, 3; Altenburg H.O. § 67; Reuß j. L. H.O. § 66; Reuß ä. L. H.O. § 66; Rudolstadt H.G. § 26; Oesterreich A.B.G.B. § 457 Exner, H.R. § 38, 34. Ausdrücklich

Digitized by Google

bindung zu einem Hypothekenobjekt gebracht werden [38]. Unbewegliche Pertinenzen und Gerechtigkeiten bedürfen der Eintragung [39]; bei beweglichen Pertinenzen ist dieß nicht vorgeschrieben [40]. Die Pertinenzen werden durch die Vereinigung in der Art Theile der Hauptsache, daß die Rangordnung der auf die Hauptsache eingetragenen Hypotheken auch für sie entscheidet [41]. Die Vereinigung dauert bei unbeweglichen Pertinenzen bis zur Abschreibung; dagegen hört sie bei beweglichen Pertinenzen mit der Trennung und Veräußerung an einen Dritten auf [42].

---

dehnen dieß aber auf das Inventar bei landwirthschaftlichen Gütern aus Braunschweig E.E.G. § 35; E.G. für Neuvorpommern § 15, und für Schleswigholstein § 48. Dagegen schließen das Inventar bei landwirthschaftlichen Gütern aus Sachsen B.G.B. § 411. 412; Anhalt Pf.G. 1870 § 33. Auf das Inventar bei landwirthschaftlichen Gütern beschränkt die Pertinenzeigenschaft Lippe-Detmold E.E.G. § 30. Bayern H.G. § 22, 3 unterscheidet gesetzliche und dispositive Pertinenzen, und läßt die letzteren nur bei Eintragung im Hypothekenbuch haften Regelsberger, H.R. § 47, 5. Nach Württemberg Pf.G. Art. 3. 51. 190 haften Mobiliarpertinenzen nur wenn sie ausdrücklich mitverpfändet sind Römer, H.R. § 22, 20; Lang, Sachenrecht § 180, 13. Keine Bestimmungen über Mobiliarpertinenzen haben Weimar, Meiningen, Lübeck und Hamburg.

[38] Pr. E.E.G. § 30, 6; Hessen Pf.G. Art. 48; Regelsberger, H.R. § 16, 9; Meibom, H.R. § 25, 4 und 11.

[39] Vgl. oben Note 36.

[40] Eine Ausnahme ist nur gegeben nach Bayrischem Hypothekenrecht für dispositive Pertinenzen und nach Württembergischem Recht für alle Mobiliarpertinenzen oben Note 37.

[41] Bewegliche Pertinenzen werden mit der Vereinigung von der Pfandverbindlichkeit der Hauptsache ergriffen Dernburg, Pr. P.R. I. § 329 Nr. 4; Erk. München 28/4 1855 Bl. XXII. 186; 15/9 und 21/12 1868 Bl. XXXIV. 128; Sachsen B.G.B. § 410. Dasselbe gilt von Immobiliar-Pertinenzen, wenn sie unbelastet mit einem Hypothekenobjekt vereinigt werden Pr. E.E.G. § 30 Abs. 6; Förster Eccius § 199, 32; Bayern H.G. § 33; Sachsen B.G.B. § 422. Sind die Trennstücke welche mit einem Grundstück als Immobiliarpertinenzen vereinigt werden sollen bereits belastet, so bleiben die darauf haftenden Hypotheken bestehen und werden mit übertragen Pr. E.E.G. § 32. Nach Sachsen B.G.B. § 423 Altenburg H.O. und Reuß ä. L. H.O. § 63 und Reuß j. L. H.O. § 62 ist die Vereinigung nur zuläßig, wenn die Gläubiger des einen Grundstücks denen des andern ausweichen. Nach Bayern H.G. § 36 ist Zuschlagung von Immobiliarpertinenzen nur zuläßig wenn sie unbelastet sind. Vgl. auch unten § 309, 15—23.

[42] Vgl. unten § 307, 6.

Digitized by Google

Der Eigenthümer ist in der Belastung des Objekts nicht beschränkt[43]; nur einzelne H.O. schreiben vor, daß die Belastung einen bestimmten Bruchtheil des Werthes nicht überschreiten dürfe[44]. Nach Württembergischem Recht kann der Gläubiger, wenn die Verbindlichkeit zur Unterpfandsbestellung nur im Allgemeinen festgesetzt ist verlangen, daß der zu erhebende Schätzungswerth nicht unter dem anderthalbfachen Betrag der Forderung stehe. Dieß leidet keine Anwendung dann, wenn bei Begründung des Rechts auf Bestellung des Unterpfandes zugleich der Gegenstand bezeichnet wird, welcher verpfändet werden soll, oder wenn das Verhältniß des Pfandwerthes zu dem Betrag der Forderung durch Uebereinkunft bestimmt ist[45]. Nach Darmstädtischem und Nassauischem Recht soll der Werth des Unterpfandes durch ortsgerichtliche Schätzung festgesetzt werden[46]. Bei freiwilligen Hypothektiteln wird davon Umgang genommen, wenn die Betheiligten über den Werth des Unterpfands sich vereinigen, oder von einer Schätzung ausdrücklich abstehen[47]. Bei gesetzlichen Hypothektiteln dagegen ist das Abstehen von der ortsgerichtlichen Schätzung in der Regel ausgeschlossen[48]. Wenn das Verhältniß der Werthsermittlung zu

---

[43] Vielfältig war früher ein Maximalmaaß des Werthes bestimmt, über welches hinaus ein Objekt nicht mit Hypotheken sollte belastet werden dürfen s. Stobbe, P.R. § 108, 29. Jetzt ist vielfältig umgekehrt das Maximalmaaß der Sicherheit bestimmt, welches der Gläubiger ansprechen darf. Vgl. unten § 302. V.

[44] Nicht richtig ist die Angabe von Meibom, H.R. § 17, 13, daß auch das Bayrische Hypothekenrecht eine solche Beschränkung enthalte. Die Bestimmung des H.G. § 132 ist nicht dahin aufzufassen, daß die Constituirung des Pfandrechts nur im Umfang des amtlich zu ermittelnden Werthbetrags zulässig sei wie dieß in der Note 45 f. aufgeführten H.O. vorgeschrieben ist, vgl. Gönner, Comment. II. 195 f.

[45] Württemberg Pf.G. Art. 12. 13; Römer, Pf.R. § 38, 8; Lang, Sachenrecht § 175, 42. Die Betheiligten können über die Feststellung des Werthes des Pfands sich vereinigen oder von einer Schätzung ausdrücklich abstehen, was im Unterpfandbuch bemerkt wird.

[46] Darmstadt Pf.G. Art. 13, 1; Nassau Pf.G. Art. 11. Ueber das Verfahren bei der Abschätzung vgl. Müller, Pf.R. § 10.

[47] Darmstadt Pf.G. Art. 13, 2; Müller, Pf.R. § 35, 1; Nassau Pf.G. Art. 11.

[48] Darmstadt Pf.G. Art. 18. 23; Nassau Pf.G. Art. 11. Nur bei dem gesetzlichen Hypothektitel der Kinder gegenüber ihren Eltern und der Ehefrau

Digitized by Google

dem Betrag der Pfandforderung nicht durch besondere Festsetzung geregelt ist, so soll der Güterwerth den doppelten Betrag der Hauptforderung erreichen [48].

Nach Französischem Recht können Unterpfandsrechte nur an Immobilien und diesen gleichstehenden Rechten begründet werden [49]. Hypothekenobjekte sind demnach:

1. Der Grund und Boden [50] mit allen seinen Bestandtheilen, nämlich was sich von Natur unter dem Boden befindet [51], was über dem Boden in organischer Verbindung mit ihm steht [52], und was in dem Boden festgebaut ist [53]. Immobilien können Hypothekenobjekte nur sein, wenn sie im Verkehr sind [54].

2. Unter den dinglichen Rechten können Gegenstand der Hypothekbestellung sein die Nutznießung [55], die Emphyteuse [56] und das Bergeigenthum [57]. Nach Französischem Recht kann der ideelle

---

gegenüber ihrem Ehemann ist Feststellung des Verhältnisses der Sicherheit durch Uebereinkunft zulässig Pf.G. Art. 19, 2. Art. 22; Nassau Pf.G. Art. 11. Ist das Verhältniß der Werthermittlung zu dem Betrag der Pfandforderung nicht durch besondere Festsetzung geregelt, so soll der Güterwerth den doppelten Betrag der Pfandforderung erreichen Darmstadt Pf.G. Art. 18. 30; Nassau Pf.G. Art. 11.

[49] C. civ. Art. 2118. Sont seuls susceptibles d'hypothèques 1) les biens immobiliers; qui sont dans le commerce et leurs accessoires reputés immeubles 2) l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

[50] C. civ. Art. 518: les fonds de terre et les batimens sont immeubles par leur nature.

[51] C. civ. Art. 552, 1.

[52] C. civ. Art. 520.

[53] C. civ. Art. 518. 519. Man rechnet dahin nach französischem Recht auch die Superficies Puchelt, H.R. § 13, 3. 5. Auch die Brandversicherungsgelder können Bestandtheil sein Puchelt, H.R. § 13, 12a.

[54] C. civ. Art. 2118 Nr. 1; Puchelt, H.R. § 13, 6.

[55] C. civ. Art. 2118 Nr. 2. Es gehört dahin die Nutznießung an Immobilien nicht aber die an einem ganzen Vermögen Zachariä § 258, 4; Puchelt, H.R. § 13, 23. 24.

[56] Zachariä § 258, 4; Puchelt, H.R. § 13, 28. 29. Es ist bestritten, ob Emphyteusen im eigentlichen Sinne d. h. Ueberlassung von Immobilien zu dauerndem Nutzungsrecht im Sinne des gemeinen Rechts in dem Rechtsgebiet des C. c., der sie nicht erwähnt, zulässig seien s. Zachariä § 198, 6 folg. und unten § 336.

[57] Puchelt, H.R. § 13, 12.

Digitized by Google

Antheil eines Miteigenthümers Gegenstand der Hypothekerrichtung sein [58], die Hypothek ist jedoch von Bestand nur so lange die Gemeinschaft dauert, oder wenn die gemeinsame Sache bei der Theilung auf den Schuldner übergeht [59]. Hypothekenobjekte können Mobilien als Pertinenzen haben, welche, so lange sie in der Verbindung stehen, dem Pfandnexus unterliegen, mit der Trennung aber davon befreit werden [60].

§ 299.

II. Recht des Bestellers.

Nach Deutschem Recht ist zur rechtsgiltigen Entstehung einer Hypothek oder Grundschuld erforderlich, daß der Schuldner, gegen welchen dieselbe gerichtet ist, als Eigenthümer im Hypothekenbuch oder Grundbuch eingetragen sei. Nur der hier als Eigenthümer Vorgetragene kann giltig eine Hypothek oder Grundschuld auf das betreffende Objekt bestellen, und nur die gegen ihn gerichteten Rechtstitel können die Grundlage einer Hypothekbestellung gegen ihn abgeben [1]. Hypothekerrichtung gegen denjenigen, der nicht als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist, ist unzuläßig [2]. Be-

[58] Zachariä § 197, 7.

[59] Puchelt, H.R. § 38, 2. Vgl. oben § 232, 95.

[60] Zachariä § 258, 11; Puchelt, H.R. § 13, 7—11.

[1] Es gilt dieß nach den Gesetzen sowohl des Grundbuchsystems Pr. E.E.G. § 19; Sachsen B.G.B. § 398; Hessen-Darmstadt Pf.G. Art. 8. 36; Altenburg H.O. § 5. 46; Reuß j. L. H.O. § 5. 45; Reuß ä. L. H.O. § 5. 47; Mecklenburg R.St.B.O. § 12; Rudolstadt H.O. § 13; Weimar Pf.G. § 14; Anhalt Gr.B.G. § 7; Hamburg H.O. § 4; Lübeck H.O. § 17; Oesterreich Gr.B.G. § 21, als denen des Pfandbuchsystems Bayern H.G. § 14, 1, § 26, 1; Mecklenburg R.R.H.O. § 9 Meibom, H.R. § 16, 19. Dieß gilt auch nach Württemberg Pf.G. Art. 57. Hiernach kann der im Güterbuch als Berechtigter Eingetragene giltig verpfänden, auch wenn er nicht der wahre Eigenthümer ist, insoferne der wahre Eigenthümer sein Recht nicht gewahrt hat. Bestritten ist, ob der wahre Eigenthümer, auch wenn er sein Recht nicht gewahrt hat, giltig verpfänden könne, insoferne er sein Recht später im Proceß erweist, was Römer, Pf.R. § 26, 2 und Lang, Sachenrecht § 171, 37 bejahen, Wächter, Erörterungen I, 175 aber wie mir scheint mit Recht verneint.

[2] Achilles Ges. 168.

Digitized by Google

stritten ist, ob für die Errichtung einer Hypothek oder Grundschuld das Convalescenzprincip anzunehmen sei, ob also die von dem nicht eingetragenen Eigenthümer bewilligte Bestellung bei nachträglicher Eintragung desselben als Eigenthümer in Wirksamkeit trete[3]. Soweit nicht das Gesetz die Convalescenz ausdrücklich ausspricht[4], ist dieß zu verneinen[5]. Für die Errichtung ist der im Hypothekenbuch als Eigenthümer Vorgetragene legitimirt, auch wenn er in Wirklichkeit zur Zeit der Errichtung nicht mehr Eigenthümer war, und die auf Grund dieser Legitimation geschehenen Einträge sind für Dritte, die in gutem Glauben Rechte darauf begründen, wirksam[6]. Voraussetzung ist ferner, daß der Eigenthümer überhaupt handlungsfähig und veräußerungsfähig[7]

---

[3] Gemeinrechtlich convalescirt das Pfandrecht, das der Besteller an einer fremden Sache eingeräumt hat, dadurch, daß der Besteller Eigenthum daran erwirbt Windscheid § 230, 7. Dieß ist indessen für unsere Hypothekenordnungen nicht maßgebend, für sie gilt vielmehr im Zweifel der gegentheilige Grundsatz unten Note 5. Ebenso nach französischem Recht unten Note 53.

[4] Nach dem Bayrischen Hypothekenrecht kann nur der Eigenthümer giltig eine Hypothek bestellen H.G. § 4. Ist der Eigenthümer bei der Bestellung noch nicht Bucheigenthümer, so convalescirt durch seine Eintragung die Bestellung Regelsberger, H.R. § 52, 6. Nach Württemberg. Pf.G. Art. 5. 6 ist die Verpfändung der Sache eines Dritten ohne dessen Einwilligung nichtig, convalescirt aber, wenn ein obligatorischer Anspruch auf Erwerbung der Sache vorlag durch nachträgliche Erwerbung Lang, Sachenrecht § 166, 23 § 171, 6; Römer, Pf.R. § 26, 7. Nach Weimar Pf.G. § 15 und Darmstadt Pf.G. Art. 8 wird die Verpfändung einer dem Verpfänder nicht gehörigen Sache ohne rückwirkende Kraft giltig, wenn der Verpfänder nachträglich das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt Müller, Pf.R. § 34, 24—26.

[5] Heyne, Commentar I. 21—26. Dieß ist auch für das Preußische Recht anzunehmen. Nach Pr. E.E.G. § 19 ist die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld dadurch bedingt, daß der eingetragene, oder seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigenthümer sie bewilligt. Die Bewilligung einer Hypothekbestellung von Seite eines nicht eingetragenen Eigenthümers ist demnach ungiltig, und kann auch nicht durch nachträgliche Eintragung desselben als Eigenthümer convalesciren Erk. O.Tr. 31/1 1876 Entsch. LXXVI. 125; 30/11 1876 Entsch. LXXIX. 13; 13/9 1878 Gruchot XXIII. 455; Förster, Gr.B.R. 159; Förster Eccius § 192, 29. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Dernburg Hinrichs § 22 Nr. 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 318, 8; Achilles Ges. 143; Erk. R.G. 28/6 1884 Sammlg. XI. 75.

[6] Vgl. oben § 296, 3.

[7] Die persönliche Handlungsfähigkeit ist allgemeine Voraussetzung, und

Digitized by Google

und daß er speciell nach dem Vortrag im Hypothekenbuch über das Objekt zu verfügen befugt sei[8]. Verfügungsfähig im letzteren Sinn ist der im Hypothekenbuch eingetragene Eigenthümer, für den sich nicht aus dem Vortrag im Hypothekenbuch eine Dispositionsbeschränkung ergibt[9]. Eine solche kann beruhen auf der rechtlichen Beschaffenheit der Sache, einer persönlichen Dispositionsbeschränkung des Schuldners oder auf entgegenstehenden Rechten Dritter, und kann durch Gesetz richterliche Verfügung oder Vertrag begründet sein. Die Dispositionsbeschränkungen sind ausserdem zu unterscheiden, jenachdem sie jeder oder nur der freiwilligen Hypothekbestellung entgegenstehen.

A. Allgemeine Dispositionsbeschränkungen.

I. Rechtliche Beschaffenheit der Sache. Lehen und Familienfideicommisse sind durch diese ihre Eigenschaft der freien Disposition des Inhabers entzogen, und können nur unter den in den betreffenden Specialgesetzen bestimmten Voraussetzungen verpfändet werden[10]. Gleiche Beschränkungen finden sich in einzelnen Landesrechten für die darin erhaltenen bäuerlichen Nutzungsrechte[11].

Beschränkung derselben bedarf nicht der Eintragung im Hypothekenbuch Gönner, Commentar II. 229; Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 5; Achilles Ges. 125; Meibom, H.R. § 9, 23; § 12, 4. Dagegen wird sie nach Oesterreichischem Recht eingetragen Gr.B. Ges. § 20a. § 52; Exner, H.R. § 25, 11.

[8] Der Eintragung bedürfen nur solche Dispositionsbeschränkungen, welche in einem Mangel des Rechts an dem Grundstück beruhen Achilles Ges. 125, vgl. oben § 260, 56.

[9] Meibom, H.R. § 9, 24. Ueber die Eintragung der Dispositionsbeschränkungen vgl. oben § 260, 57; Regelsberger, H.R. § 53, 1; Meibom, H.R. § 16. 25.

[10] Förster Eccius § 192, 23; Bayern H.G. § 8; Regelsberger § 54 Nr. 1; Württemberg Pf.G. Art. 7 Lang, Sachenrecht § 166, 10. 36. 39; Weimar Pf.G. § 16. 17; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 9; Reuß ä. L. H.O. § 10—18. Im Königreich Sachsen richtet sich die Eintragung der Lehenseigenschaft nach den Bestimmungen der H.O. von 1843 Siegmann, H.R. § 59, die der Familienfideicommisse nach G.O. 1865 § 114; Siegmann, H.O. 66. Ueber Mecklenburg vgl. Meibom, H.R. § 16, 5 hinsichtlich der Lehen, und § 16, 24 hinsichtlich der Familienfideicommisse. Ueber Oesterreich vgl. Exner, H.R. § 25, 19. 21.

[11] S. das Nähere unten § 336.

Digitized by Google

II. Gesetzliche Dispositionsbeschränkungen.

1. Gemeinrechtlich können Dotalgrundstücke, welche in das Eigenthum des Ehemannes übergehen, während der Dauer der Ehe nicht veräußert also auch nicht verpfändet werden [12], jedoch ist dieß in unseren Landesrechten vielfach modificirt [13].

2. Nach Bayrischem [14] und Württembergischem Recht [15] können, wenn eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten ist, auf den dazu gehörigen Immobilien keinerlei Eintragungen zum Nachtheil der Erbschaftsgläubiger gemacht werden [16].

III. Veräußerungsverbote. Vertragsmäßige und testamentarische Veräußerungsverbote hindern die Verpfändung nur, wenn sie in das Grundbuch eingetragen sind [17]. Richterliche Veräußerungsverbote stehen jeder Verpfändung entgegen [18]. Ein solches kann erlassen werden in Folge der Verfügung eines Arrestes oder einer Sequestration [19], dann zum Behuf der Zwangsvollstreckung [20], und es wird mit Concurseröffnung verfügt [21].

[12] Vgl. oben § 98, 8—11. Ich stimme der Ausführung von Regelsberger, H.R. § 56, 5 bei, wonach das Veräußerungsverbot auch gesetzliche Hypothektitel ausschließt, soweit nicht eine Haftung der Frau für die Schulden des Ehemannes statutenmäßig bestimmt ist. Die von mir Bayr. C.R. (1) § 188, 62 ausgesprochene gegentheilige Ansicht ist nicht begründet.

[13] Vgl. oben § 98, 12.

[14] H.G. § 75; Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 15; Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 2b.

[15] Nach Hauptinstruktion zum Pf.G. § 97 war ein Hypothecirungsverbot nur für erbschaftliche Forderungen gegeben Lang, Sachenrecht § 171, 69. Durch Ausf.Ges. zur Konk.O. Art. 9 ist dieß auf alle Forderungen ausgedehnt Lang, Sachenrecht § 171, 70.

[16] Die Bestimmung des Pr. L.R. I. 9. 447—451, welche die Eintragung des Vorbehalts in das Hypothekenbuch vorschrieb und bis zur Löschung dieses Eintrags dem Beneficialerben jede Verfügung über das Grundstück untersagte ist durch Ges. 28/3 1840 aufgehoben.

[17] Vgl. oben § 236. Dieß gilt namentlich nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. Siegmann, H.R. § 12, 6. Nach Oesterreichischem Recht steht das vertragsmäßige und letztwillige Veräußerungsverbot nur der freiwilligen Hypothekbestellung entgegen Exner, H.R. § 25, 16.

[18] Achilles Ges. 125; Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 3; Siegmann, H.R. § 12, 6.

[19] D. C.Pr.O. § 811. 813. 817; Lang, Sachenrecht § 171, 59. 60; Oesterreich Gr.B.G. § 20, 2.

[20] A. G. zur D. C.Pr.O. Art. 27; Lang, Sachenrecht § 171, 59. 60; Oesterreich Gr.B.G. § 20, 2.

Digitized by Google

IV. Entgegenstehende Rechte Dritter und zwar

1. Rechte Dritter die mit dem Erwerbstitel gegeben sind. Solche sind

a. der Eigenthumsvorbehalt. Ueber die rechtliche Bedeutung des Eigenthumsvorbehalts sind die Meinungen getheilt, indem die einen darin eine Suspensivbedingung [22], die andern eine Resolutivbedingung sehen [23], und eine dritte Meinung damit nur einen Pfandrechtsvorbehalt gegeben sein läßt [24]. Die letztere Auffassung ist in mehreren Landesrechten aufgenommen [25]. Für das Hypothekenrecht kann die Auffassung des Eigenthumsvorbehalts als Suspensivbedingung nicht in Betracht kommen, da die Suspendirung des Eigenthumsübergangs die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch ausschließt [26]. Nur ein Theil der Landesrechte legt übrigens dem Eigenthumsvorbehalt die Bedeutung einer Resolutivbedingung bei [27], wobei die Wirkung nicht nach allen Rechten ein allgemeines Hypothecirungsverbot ist [28].

---

[21] D. Konk.O. § 5. 6. 12. 98; Lang, Sachenrecht § 171, 62 f.; Römer, H.R. § 27 Nr. 1.

[22] Vgl. oben § 254, 41.

[23] Vgl. oben § 254, 42.

[24] Vgl. oben § 254, 43.

[25] Pr. E.E.G. § 26. Dieß ist durch E.G. für Schleswigholstein § 20 und Hannover § 43 dahin bestätigt, daß auch die vor Einführung der Grundbuchgesetze begründeten Eigenthumsvorbehalte nur einen Hypothektitel gewähren sollen, während nach dem E.G. für Ehrenbreitstein § 20 die vor Einführung der Grundbuchgesetze festgestellten Eigenthumsvorbehalte in Kraft geblieben sind. Als Vorbehalt eines Pfandrechts wird ferner das pactum reservati dominii aufgefaßt nach Sachsen B.G.B. § 272; Altenburg Reuß ä. L. und Reuß j. L. H.O. § 31; Rudolstadt H.O. § 3; Meiningen E.G. Art. 11, und nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 14, 7. Nach Bayern H.G. § 5. 15. 137 Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 26 Regelsberger, H.R. 54 Nr. 5 und Württemberg Pf.G. Art. 45 Römer, H.R. § 25, 6 Lang, Sachenrecht § 170, 1 kann es theils als Resolutivbedingung, theils als Pfandrechtsvorbehalt aufgefaßt werden.

[26] Nach den Rechten des Grundbuchsystems kann eine Auflassung unter einer Suspensivbedingung nicht vorkommen vgl. oben § 259, 21. Ebenso kann nach den Landesrechten des Hypothekenbuchsystems dem pactum reservati dominii die Bedeutung einer Suspensivbedingung nicht beigelegt werden Regelsberger, H.R. § 54, 17.

[27] Hessen Ingr.G. Art. 7, 2 Müller, Pf.R. § 34, 8; Weimar Pf.G.

Digitized by Google

b. Der Eigenthumsrückfall. Fideicommissarische Substitutionen oder Resolutivbedingungen und Zeitbestimmungen, wonach mit Eintritt einer bestimmten Zeit oder einer bestimmten Thatsache das Objekt auf einen Dritten übergehen soll, bewirken, wenn sie im Hypothekenbuch eingetragen sind, eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Verpfändung [29].

2. Rechte Dritter die auf besonderer Bestellung beruhen. Hieher sind zu rechnen:

a. Das Rückkaufsrecht, begründet nach Bayrischem Recht eine Beschränkung der Hypothekbestellung [30]. Nach der Mehrzahl der Landesrechte ist mit dem Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht eine Beschränkung der Verpfändung nicht gegeben, jedoch können später eingetragene Pfandrechte, soweit sie den für den Rückkauf bestimmten Preis übersteigen, nicht geltend gemacht werden, wenn sie ohne Einwilligung des Rückkaufsberechtigten eingetragen sind [31].

b. Das Nutznießungsrecht, welches einem Berechtigten an einem Grundstück bestellt ist, bewirkt von der Zeit der Eintragung

---

§ 23. Hieher gehören auch die Note 25 aufgeführten Bestimmungen des Bayrischen und Württembergischen Rechts.

[28] Vgl. unten Note 29.

[29] Preußen Achilles Ges. 86, 6 und 129; Förster Eccius § 192, 23; Bayern H.G. § 22, 7 und § 136; Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 4; Sachsen B.G.B. § 399. 2514. 2525. 2529; Altenburg Reuß ä. L. und Reuß j. L. H.O. § 29. Eine Ausnahme ist nach den Rechten von Württemberg, Darmstadt, Weimar und Oesterreich gegeben, nach denen die Beisetzung einer Resolutivbedingung die Verpfändung nicht hindert, wobei jedoch die ohne Genehmigung des Berechtigten erfolgte Verpfändung mit Eintritt der Bedingung ihre Wirksamkeit verliert vgl. unten § 321, 25. Nach Darmstadt Pf.G. Art. 10 hat der Gläubiger Anspruch nur auf die Früchte, außer wenn der Rückfall gegen Erstattung eines Preißes stattzufinden hat, in welchem Fall der Anspruch des Gläubigers auf diesen Preis geht.

[30] Bayern H.G. § 5; Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 43; Regelsberger, Hypothekenrecht § 54 Nr. 6. Nach Erk. München 22/3 1876 Bl. XLI. 221 kann auch ein Vorkaufsrecht als Dispositionsbeschränkung in das Hypothekenbuch eingetragen werden.

[31] Förster Eccius § 192, 23; Sachsen B.G.B. § 401; Altenburg Reuß ä. L. und Reuß j. L. § 32. Nach Darmstadt Pf.G. Art. 10 haftet dem früher eingetragenen Hypothekgläubiger die Rückkaufssumme Müller, Pf.R. § 34, 13.

Digitized by Google

an eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Eintragung eines auf die Früchte sich erstreckenden Pfandrechts[32].

B. Beschränkungen der freiwilligen Verpfändung.

Eine Beschränkung der Verpfändung kann in der Art begründet sein, daß sie nur der freiwilligen nicht der auf einem gesetzlichen Titel begründeten Verpfändung entgegensteht. Dieß findet sich in folgenden Fällen:

I. Verpfändungsbeschränkung auf Grund des Güterstandes des ehelichen Güterrechts. Hier ist zu unterscheiden:

1. Bei der Güterordnung des Dotalrechts verfügt der Ehemann frei über sein Vermögen und die Ehefrau über ihr Paraphernalvermögen[33]. An Dotalsachen räumt ein Theil der Landesrechte dem Ehemann nur ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht ein, und nach diesen können Dotalgrundstücke mit Einwilligung der Ehefrau verpfändet werden[34]. Da wo den Bestimmungen des gemeinen Rechts entsprechend die Dotalsachen in das Eigenthum des Ehemannes übergehen, können Dotalgrundstücke überhaupt nicht verpfändet werden[35].

2. Bei der Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist nach denjenigen Statuten, welche eine Disposition über Immobilien nur mit gesammter Hand gestatten[36], oder der Ehefrau ein Reklamationsrecht einräumen[37], eine Beschränkung der Be-

[32] Bayern H.G. 35 Regelsberger, H.R. § 54, 39; Württemberg Pf.G. Art. 7 Lang, Sachenrecht § 166, 31; Sachsen B.G.B. § 402; Altenburg Reuß ä. L. und Reuß J. L. H.O. § 33; Darmstadt Pf.G. Art. 12 Müller, Pf.R. § 34, 4; Weimar Pf.G. § 22; Rudolstadt H.O. § 13.

[33] Vgl. oben § 98, 1. 17; Regelsberger, H.R. § 56, 2. Eine Ausnahme ist nach Bayrischem Landrecht begründet, nach welchem die Ehefrau nur mit Einwilligung des Ehemanns über ihr Paraphernalvermögen verfügen darf, oben § 98, 20.

[34] Vgl. oben § 98, 13. Dieß gilt namentlich auch nach Oesterreichischem Recht A.B.G.B. § 1228.

[35] Vgl. oben Note 12.

[36] Vgl. oben § 105, 9—15. Dieß gilt auch für die vertragsmäßige allgemeine Gütergemeinschaft oben § 105, 23. Gesetzliche Hypothektitel für voreheliche Schulden des Mannes und der Frau, und für eheliche Schulden des Mannes unterliegen keiner Beschränkung, vgl. oben § 107. I. III.

[37] Vgl. oben § 105, 16—20.

Digitized by Google

stellung eines Pfandrechts gegeben, indem in dem ersten Fall die freiwillige Verpfändung überhaupt nur mit gesammter Hand vollzogen werden kann[38], in dem letzteren die einseitige Verpfändung von Seite des Mannes in den durch das Gesetz vorgeschriebenen Fällen der Anfechtung von Seite der Frau unterliegt[39]. Ebenso ist nach Auflösung der beerbten Ehe bei Abtheilung mit Beisitz immer[40] bei fortgesetzter Gütergemeinschaft da, wo das Statut nicht ausdrücklich anders bestimmt[41], die freiwillige Verpfändung von Zustimmung der Kinder abhängig.

3. Bei der Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft bleibt dem Ehemann die freie Disposition über sein Sondervermögen, während die freiwillige Verpfändung des Sondervermögens der Ehefrau[42] und des gemeinsamen Vermögens, da wo das Statut nicht anders bestimmt nur mit gesammter Hand erfolgen darf[43].

---

[38] Regelsberger, H.R. 260. Nach Württemberg Pf.G. Art. 125 hat, wenn nicht vertragsmäßig anders bestimmt ist, bei vertragsmäßiger allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann das Recht einseitiger Hypothekbestellung Römer, Pf.R. § 23, 3. Dieß gilt auch dann, wenn nach Auflösung der Ehe der Vater mit den Kindern unabgetheilt sitzen bleibt Römer, Pf.R. § 28, 5.

[39] Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß in dem Bamberger L.R. Roth, Bayr. C.R. (2) § 77, 50. Nach dem Recht der Fränkischen L.G.O. ist die Reclamation bei Darlehensverträgen ausgeschlossen Roth, Bayr. C.R. (2) § 77, 45.

[40] Es ergibt sich dieß schon daraus, daß bis zu vollzogener Abtheilung der überlebende Ehegatte mit den Kindern in dem Rechtsverhältniß der ungetheilten Gemeinschaft steht, daher über die zu dem gemeinsamen Vermögen gehörigen Gegenstände nicht einseitig verfügen kann Roth, Bayr. C.R. (2) § 110, 29.

[41] Vgl. oben § 111, 46—48.

[42] Vgl. oben § 118, 18—24 Römer, Pf.R. § 28, 2; Lang, Sachenrecht § 171, 73. Gesetzliche Hypothektitel gegen den Mann können gegen das Sondergut der Frau nur geltend gemacht werden, wenn diese für die Schulden des Mannes principal oder solidarisch haftet oben § 119, 33—35, nicht aber da, wo ihre Haftung nur eine subsidiäre ist oben § 119, 29. 32. Der Geltendmachung von gesetzlichen ihr gegenüber begründeten Hypothektiteln gegen das Sondergut der Ehefrau steht das Verhältniß nicht entgegen. Vgl. oben § 119. II.

[43] Vgl. oben § 118, 26—28. Der Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Hypothektitels steht das Verhältniß nicht entgegen. Nach Württembergischem Recht hat der Ehemann freie Disposition über das Gemeingut, kann also auch einseitig Hypothek daran bestellen Römer, Pf.R. § 28 Nr. 1. Dieß

Digitized by Google

4. Bei der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft verfügt der Ehemann frei über sein Vermögen, während die freiwillige Verpfändung der Immobilien des der Verwaltung des Ehemannes unterstehenden Frauenvermögens nur durch beide Eheleute gemeinschaftlich erfolgen darf [44].

II. Verpfändungsbeschränkungen in Folge des elterlichen Nutznießungsrechts. An dem der Verwaltung des Hausvaters unterstellten nicht freien Vermögen der Hauskinder ist freiwillige Pfandbestellung sowohl von Seite des Hausvaters als der Hauskinder von beiderseitiger Einwilligung bedingt [45]. Dasselbe gilt von dem dem elterlichen Beisitz unterliegenden Kindervermögen [46].

III. Vertragsmäßige Dispositionsbeschränkung. Diese kann beruhen:

1. auf einem Hypothecirungsverbot. Der Eigenthümer kann sich nach einzelnen Rechten vertragsmäßig verpflichten, ohne Einwilligung des anderen Contrahenten keine weitere Pfandbestellung vornehmen zu wollen, wodurch, wenn dieß in das Hypothekenbuch eingetragen ist, jede einseitige Pfandbestellung auf Grund eines freiwilligen Rechtstitels ausgeschlossen wird [47]. Mehrere Landesrechte lassen das Hypothecirungsverbot nicht zu [48].

2. Nach Bayrischem Recht steht ein partikulärer Erbvertrag

---

gilt auch dann, wenn nach Auflösung der Ehe der Vater mit den Kindern sitzen bleibt.

[44] Vgl. oben § 139, 11; Weimar Pf.G. § 21.

[45] Vgl. oben § 168, 20. 27. Bei Minderjährigkeit der Kinder ist nach den meisten Statuten die Veräußerung auf Grund eines richterlichen Dekrets gestattet, oben § 168, 26.

[46] Vgl. oben § 162, 28.

[47] Bayern H.G. § 44; Regelsberger, H.R. § 55. Zulässig ist das Hypothecirungsverbot nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 12, 6. Nach Bayrischem Recht hat nur das zu Gunsten eines Hypothekgläubigers eingetragene Hypothecirungsverbot Wirksamkeit Regelsberger, H.R. § 55, 6.

[48] Für ungiltig erklären das Hypothecirungsverbot: Pr. E.E.G. § 48; Württemberg Pf.R. § 91, 3; Oesterreich A.B.G.B. § 1371. Nach Sachsen B.G.B. § 224; Altenburg, H.O. § 75; Reuß j. L. H.O. § 74 und Reuß ä. L. H.O. § 72 hat die Eintragung des Hypothecirungsverbots nur die Wirkung, daß die Hypothekenbehörde verpflichtet ist, den betreibenden Gläubiger von der Bestellung einer weiteren Hypothek zu benachrichtigen.

Digitized by Google

der einseitigen Hypothekbestellung auf Grund eines freiwilligen Hypothektitels entgegen [49].

Das französische Recht hat eine von den vorstehenden Grundsätzen wesentlich abweichende Stellung. Da nach demselben keine den unsrigen entsprechenden Hypothekenbücher geführt werden, so richtet sich die Dispositionsbefugniß hinsichtlich der Hypothekbestellung nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen, ohne daß dabei eine öffentliche Beurkundung der Beschränkung erforderlich wäre. Hiernach können Immobiliarprivilegien und Hypotheken nur an solchen Immobilien begründet werden, welche im Eigenthum des Schuldners stehen [50]. Verpfändung einer fremden Sache ist ungiltig [51], und convalescirt auch nicht dadurch, daß der Eigenthümer sie nachträglich genehmigt [52], der Verpfänder nachträglich das Eigenthum des Pfandobjekts erwirbt, oder daß er von dem Eigenthümer beerbt wird [53]. Eine Ausnahme ist nur in dem Fall begründet, wenn bei Bestellung einer vertragsmäßigen Hypothek der Verpfänder mit den gegenwärtigen zugleich künftig zu erwerbende Liegenschaften der Verpfändung unterstellt [54]. Außerdem ist erforderlich, daß das Objekt, welches dem Pfandnexus unterworfen werden soll, von dem Eigenthümer veräußert werden könne [55]. Die Dispositionsbeschränkungen in der Veräußerung

---

[49] Nach Bayrischem Landrecht erzeugt der partikuläre Erbvertrag ein sofort wirksames dingliches Recht des Acceptanten Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 68, § 336, 7, daher wenn der Vertrag eingetragen ist eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der freiwilligen Hypothekbestellung. Dieß findet Anwendung auf den in Bayern üblichen Gutsanheirathungsvertrag, insoferne derselbe als partikulärer Erbvertrag aufzufassen ist Roth, Bayr. C.R. (2) § 71, 38. Nach J.M.E. 16/7 1824 Bl. X. 303 ist er daher als Dispositionsbeschränkung einzutragen. A. M. Regelsberger, H.R. § 56, 27, der darin die Einräumung des Miteigenthums sieht.

[50] C. c. Art. 2124. 2129 Zachariä § 271, 2b. Es gilt dieß ebenso für Legalhypotheken Puchelt, H.R. § 38, 1b und Judicialhypotheken Puchelt, H.R. § 45, 1 als für Conventionalhypotheken Puchelt, H.R. § 47, 2a.

[51] C. c. Art. 1599. 2129.

[52] Aubry § 266, 6.

[53] Aubry § 266, 4; Zachariä § 266, 4.

[54] C. c. Art. 2130; Zachariä § 266, 26. Vgl. oben § 297, 19.

[55] C. c. Art. 2124. Was das Gesetz hier für die Vertragshypothek bestimmt, gilt ebenso von den gesetzlichen und gerichtlichen Hypotheken und den Immobiliarprivilegien Zachariä § 266, 9.

Digitized by Google

der Sache können auch nach französischem Recht auf der Beschaffenheit der Sache, persönlichen Beschränkungen des Eigenthümers oder entgegenstehenden Rechten Dritter beruhen, und verhalten sich folgendermaßen:

I. Rechtliche Beschaffenheit der Sache. Die zu einem Fideicommiß gehörigen Immobilien können nur als widerrufliches Eigenthum verpfändet werden, so daß mit Eintritt des Rechts des Substituirten das Pfandrecht erlischt[56].

II. Gesetzliche Dispositionsbeschränkungen.

1. Nach französischem Recht dürfen Dotalgrundstücke während der Ehe weder von dem Mann noch der Frau noch von beiden zusammen mit einem Unterpfand beschwert werden[57]. Eine Ausnahme ist nur begründet in den durch das Gesetz bestimmten Fällen, in welchen mit Autorisation theils des Ehemannes theils des Gerichts die Verpfändung für zuläßig erklärt ist[58].

2. Nach französischem Recht sind, wenn eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird, alle nach Eröffnung derselben genommenen Inskriptionen für die Bestimmung des Verhältnisses unter den Erbschaftsgläubigern unwirksam[59]. Ebenso können die Gläubiger der Erben und Erbfolger in den nächsten 6 Monaten nach dem Tod des Erblassers nicht zum Nachtheil der Erbschaftsgläubiger und Legatarien Inskriptionen auf die zum Nachlaß gehörigen Liegenschaften nehmen[60]. Endlich können während der Zeit, während welcher ein Miterbe oder ein anderer Miteigenthümer das Vorzugsrecht des Theilungsprivilegiums wahren kann, die Gläubiger der übrigen Miterben nicht eine Inskription auf die vormals gemeinschaftlichen Liegenschaften nehmen[61].

III. Veräußerungsverbote. Nach französischem Recht

---

[56] C. c. Art. 2125; Zachariä § 696, 45.

[57] C. c. Art. 1554.

[58] C. c. Art. 1558 folg. Zuläßig ist hiernach die Verpfändung zur Ausstattung der erstehelichen oder gemeinsamen Kinder, wenn die Veräußerlichkeit im Heirathsvertrag ausdrücklich vorbehalten ist, zur Bezahlung dringender Schulden und zum Behuf der Abtheilung bei Gemeinschaft Zachariä § 537, 36 folg.

[59] C. c. Art. 2146; Zachariä § 271, 13.

[60] C. c. Art. 2111.

[61] C. c. Art. 2109; Zachariä § 271, 12.

Digitized by Google

können testamentarische und vertragsmäßige Veräußerungsverbote giltig nur erlassen werden, wenn sie einem Rechtsgeschäft als Resolutivbedingung beigesetzt sind [62]. Ein richterliches Verpfändungsverbot hat das französische Recht nur für den kaufmännischen Konkurs anerkannt [63].

IV. Entgegenstehende Rechte Dritter. Hier kommen in Betracht:

1. Rechte Dritter, die mit dem Erwerbstitel gegeben sind. Solche sind:

a. Uebertragung des Eigenthums unter einer Suspensivbedingung. In diesem Fall bleibt dem Verkäufer das Verpfändungsrecht, der Käufer aber kann nur eine Hypothek bestellen, welche den gleichen Bedingungen wie das Eigenthum unterliegt [64].

b. Uebertragung des Eigenthums unter einer Resolutivbedingung. In diesem Fall kann der Eigenthümer nur eine Hypothek mit den gleichen Bedingungen wie diejenigen, denen das Eigenthum unterliegt, bestellen [65].

2. Rechte Dritter, die auf besonderer Bestellung beruhen. Ist ein Objekt unter der Stipulation des Wiederkaufs veräußert, so kann der Eigenthümer dasselbe nur für die Dauer seines Rechts mit Hypotheken belasten, so daß diese mit Ausübung des Wiederkaufsrechts erlöschen [66].

V. Einfluß des ehelichen Güterrechts auf die Hypothekerrichtung. Nach französischem Recht verfügt der Ehemann frei über sein Sondergut, während die Ehefrau nur mit Autorisation des Ehemannes über ihr Sondergut verfügen kann, daher in der Hypothekerrichtung an seine Einwilligung gebunden ist. Dagegen hat der Ehemann die freie Disposition über das gemeinsame Vermögen, und kann dasselbe daher einseitig mit Hypotheken belasten [67]. Auch ergreifen die während der Ehe gegen den Ehemann begründeten Judicialhypotheken die Gemeinschaftsliegenschaften [68].

[62] Zachariä § 176, 13. Vgl. oben § 236, 36.
[63] Puchelt, H.R. § 48, 8.
[64] C. c. Art. 2125; Puchelt, H.R. § 47, 8.
[65] C. c. Art. 2125; Puchelt, H.R. § 47, 8.
[66] C. c. Art. 2125; Puchelt, H.R. § 47, 7.
[67] Vgl. oben § 128.
[68] Puchelt, H.R. § 45, 7.

Digitized by Google

VI. Die Verpfändung des Kindervermögens steht dem Vater, welcher die Verwaltung führt, unter den gleichen Voraussetzungen wie dem Vormund zu [69].

VII. Ein Hypothecirungsverbot kann nach französischem Recht nur als Resolutivbedingung einem Veräußerungsvertrag beigesetzt werden [70].

Abtheilung 2.

Voraussetzung der Errichtung einer Hypothek.

I. Die Forderung.

§ 300.

1. Im Allgemeinen [1].

Jede Hypothek muß eine Forderung zur Grundlage haben. Das Vorhandensein derselben ist Bedingung der Entstehung des Pfandrechts, und dieses ist an den Bestand derselben gebunden [2]. Ungiltigkeit der Forderung bewirkt Ungiltigkeit [3] Untergang der Forderung Erlöschen des Pfandrechts [4]. Für die Forderung als Voraussetzung der accessorischen Hypothek gelten folgende Grundsätze:

I. Zur Grundlage der Hypothek eignet sich jeder Anspruch, also sowohl eine Vertrags- als eine Delikts- oder Zustandsobligation [5]; auch eine sog. abstrakte Forderung bei der die causa nicht angegeben ist [6].

---

[69] Aubry § 123, 84.

[70] Vgl. oben Note 62.

[1] Dernburg, Pf.R. § 66—72; Regelsberger, H.R. § 42. 43; Römer, Pf.R. § 28; Förster Eccius § 192. I.

[2] Regelsberger, H.R. § 42. II. Vgl. oben § 293, 2.

[3] l. 129 § 1 D. 50. 17; l. 11 § 3 D. 13. 7; Sintenis, C.R. § 68, 2; Dernburg, Pf.R. § 73; Pr. L.R. I. 20. 12; Darmstadt Pf.G. Art. 3. Nachträgliches Giltigwerden der Forderung bewirkt Convalescenz der Hypothek von der Bestellung an Pr. L.R. I. 20. 13; Förster Eccius § 192, 4; Bayern H.G. § 59; Regelsberger, H.R. § 42, 9.

[4] l. 6 pr. D. 20. 6; l. 11 § 1. 5 D. 13. 7; Sintenis, C.R. § 81. I.

[5] l. 5 pr. D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. § 67, 2; Pr. L.R. I. 20. 11; Exner, H.R. § 20, 39.

[6] Dieß gilt namentlich für Wechselforderungen Römer, Pf.R. 101; Förster

Digitized by Google

II. Gleichgiltig ist der Inhalt. Die Forderung kann daher auf Leistung einer Geldsumme oder auf eine Handlung gerichtet sein [7]. In dem letzteren Fall muß jedoch der Werth in einer Geldsumme ausgedrückt sein, die im Hypothekenbuch eingetragen wird [8]. Die Fixirung hat nur den Zweck, den Umfang des Pfandrechts in Beziehung auf die Forderung zu bestimmen, und hat daher weder die Wirkung der Novation (Umwandlung der Leistung in eine Geldleistung), noch die Verwandlung der ursprünglichen Obligation in eine alternative [9].

III. Zuläßig ist Hypothekbestellung für eine alternative Obligation [10], eine natürliche Verbindlichkeit [11], und für eine fremde Schuld [12].

Eccius § 192, 19; Exner, H.R. § 20, 46. Nach neuerem Oesterreichischem Recht ist Angabe der causa debendi in der Tabularurkunde überhaupt nicht erforderlich Gr.B.G. § 32; Exner, H.R. § 20. 52.

[7] l. 9 § 1 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 67, 1; Förster Eccius § 192, 2; Regelsberger, H.R. § 42. I. 2.

[8] Bayern H.G. § 11. 19 Regelsberger, H.R. § 28, 5; Württemberg Pf.G. Art. 11 Römer, Pf.R. § 21, 1; Sachsen B.G.B. § 389; Altenburg H.O. § 50; Reuß ä. L. H.O. § 51; Reuß j. L. H.O. § 49; Oesterreich Gr.B.G. § 14, 1; Exner, H.R. § 20, 7. Für das Rechtsgebiet der Preußischen Grundbuchgesetze ergibt sich das Gleiche aus E.E.G. § 23, welches bei Eintragungsbewilligungen die Angabe einer bestimmten Summe vorschreibt. Nach Sachsen G.O. § 150, dann Altenburg H.O. § 182 Reuß ä. L. H.O. § 180 und Reuß j. L. H.O. § 181 genügt bei Naturalauszügen eine allgemeine Bezeichnung der jährlichen Leistungen; das Gleiche wird auf Grund der Instruktion § 28 Nr. 5 für das Bayrische Recht angenommen, obwohl das Gesetz selbst keine darauf bezügliche Bestimmung enthält Regelsberger, H.R. § 18, 1. Nicht identisch damit ist, wie Regelsberger, H.R. § 18, 1 meint, die Bestimmung der Pr. Gr.B.O. § 75, welche die Veranschlagung von wiederkehrenden Leistungen in Geld für nicht erforderlich erklärt, da nach Preußischem Recht solche Abgaben nicht wie nach Sächsischem und Bayrischem Recht in Rubrik III unter den Hypotheken sondern in Rubrik II unter den dauernden Lasten eingetragen werden.

[9] Römer, Pf.R. 102.

[10] Heyne, Commentar I. 239; Exner, H.R. § 20, 8; Lang, Sachenrecht § 167, 6.

[11] l. 14 § 1 D. 20. 1; Sintenis, C.R. § 68, 7; Regelsberger, H.R. § 42, 4; Exner, H.R. § 20, 53.

[12] l. 5 § 2 D. 20, 1; Förster Eccius § 192, 20; Regelsberger, H.R. § 42, 5; Sachsen B.G.B. § 371; Hessen Pf.G. Art. 26, 2; Lang, Sachenrecht § 167, 4a; Oesterreich A.B.G.B. § 450. 1368; Exner, H.R. § 20, 56.

Digitized by Google

IV. Nicht erforderlich ist daß die Forderung schon bestehe, es kann auch für eine betagte, bedingte und eine zukünftige Forderung Hypothek bestellt werden [13]. Die Hypothek für eine zukünftige Forderung wird Sicherheitshypothek genannt (§ 301).

V. Bestritten ist, ob eine auf den Inhaber lautende Forderung die Grundlage der Hypothekbestellung sein könne [14].

Im Ganzen stimmt damit das französische Recht überein. Da dieses nur das accessorische Pfandrecht kennt [15], so wird zur Entstehung einer Vertragshypothek das Vorhandensein einer rechtsgiltigen Forderung vorausgesetzt, zu deren Sicherheit sie dient [16], und ebenso ist von dem Bestand derselben der Bestand der Hypothek abhängig [17]. Als Grundlage der Hypothekbestellung eignet sich auch nach französischem Recht jede Art von Verbindlichkeit [18], namentlich auch eine betagte oder bedingte Forderung [19]. Ist der

---

[13] l. 5 pr. D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. I. 517; Sachsen B.G.B. § 370; Württemberg Pf.G. Art. 11; Römer, Pf.R. § 21 B; Hessen Pf.G. Art. 3, 2; Exner, H.R. § 20, 16. Die Hypothek für eine betagte oder bedingte Forderung z. B. eine Ratenschuld oder eine bei Verheirathung fällige Forderung ist eine Normalhypothek, nicht eine Sicherheitshypothek Exner, H.R. § 20, 17.

[14] Die Zulässigkeit ist zu verneinen nach den Gesetzen, die die Eintragung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers als Erforderniß bezeichnen Pr. E.E.G. § 23; Sachsen G.O. § 137 Nr. 2; Altenburg H.O. § 18. Das Gleiche gilt nach den Mecklenburgischen H.O. Meibom, H.R. § 18, 9 und § 19, 8 und ist nach dem Wortlaut Bayern H.G. § 22, 8 Roth, Bayr. C.R. § 183, 78, und Württemberg Pf.G. Art. 31. 187 Lang, Sachenrecht § 172, 5 anzunehmen; dagegen sprechen sich für die Zulässigkeit aus für Bayern Regelsberger, H.R. § 42, 6; für Württemberg Römer, H.R. § 21, 3. Für Oesterreich wird die Zulässigkeit angenommen von Exner, H.R. § 27, 35.

[15] Vgl. oben § 292, 13. Es erstreckt sich dieß ebenso auf gesetzliche und Judikatshypotheken als auf Immobiliarprivilegien.

[16] C. c. Art. 2114 Zachariä § 166, 31 b. Hypothekbestellung für eine ungiltige Forderung ist ungiltig Puchelt, H.R. § 50, 2. Die Frage, ob Hypothekbestellung für eine natürliche Verbindlichkeit zulässig sei, kann nach französischem Recht nicht gestellt werden, da in der Pfandbestellung für die eigene natürliche Verbindlichkeit ein Anerkenntniß des Schuldners, in der Pfandbestellung für eine fremde natürliche Verbindlichkeit eine Bürgschaft liegt Zachariä § 266, 31 b; Puchelt, H.R. § 50, 5.

[17] C. c. Art. 2180 Nr. 1; Aubry § 292 Nr. 1.

[18] Puchelt, H.R. § 50, 1.

[19] Aubry § 266, 73.

Digitized by Google

Inhalt der Obligation nicht an sich auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet, so hat der Gläubiger, wenn nicht ein Betrag vereinbart ist, bei der Inskription den Geldwerth seiner Forderung schätzungsweise anzugeben[20], wobei dem Schuldner jedoch das Recht zusteht, eine Beschränkung des Betrags nach den allgemeinen Regeln zu erwirken[21]. Die Sicherheitshypothek ist auch dem französischen Recht bekannt (§ 301).

Für eine auf den Inhaber lautende Forderung kann nach französischem Recht Hypothek nicht bestellt werden[22]. Die den Legalhypotheken[23] und Immobiliarprivilegien[24] zu Grund liegenden Forderungen sind gesetzlich normirt, die der Judicialhypothek zu Grund liegende Forderung bestimmt sich durch das Erkenntniß, das zur Entstehung Veranlassung gibt[25].

---

§ 301.

2. Die Sicherheitshypothek[1].

Eine Hypothek kann auch für eine noch nicht existirende also eine künftige Forderung bestellt werden[2]. Die künftige Forde-

---

[20] C. c. Art. 2132; Puchelt, H.R. § 50, 18; Aubry § 266, 57. Dieß findet auf Legalhypotheken und die Judicialhypothek keine Anwendung vgl. unten § 305, 33 f.

[21] C. c. Art. 2132; Puchelt, H.R. § 51.

[22] Nach C. c. Art. 2148 Nr. 1 muß die Urkunde den Namen und die genaue Bezeichnung des Gläubigers enthalten, vgl. unten § 305, 29. Cession einer Hypothek an den Inhaber ist auch nach französischem Recht zulässig. Vgl. unten § 318, 60.

[23] Vgl. über diese unten § 303, 64—69.

[24] Vgl. über diese unten § 303, 71 folg.

[25] S. unten § 303, 70.

[1] Vgl. Dernburg, Pf.R. § 68, 71; Windscheid § 223, 5; Heyne, Erörterungen 1847 Abth. IV; Regelsberger, Studien zum Hypothekenrecht Abh. I; Förster Eccius § 192, 5 f. § 199a. III; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332; Regelsberger, H.R. § 43; Römer, Pf.R. § 21 B; Müller, Pf.R. § 28, 8; Exner, H.R. § 20 Nr. 2.

[2] l. 5 pr. D. 20. 1; Pr. L.R. I. 20. 14; Pr. E.E.G. § 24; Württemberg Pf.G. Art. 11, 3; Sachsen B.G.B. § 370; Darmstadt Pf.G. Art. 3, 2. Das Bayrische Hypothekengesetz enthält keine Bestimmung, die Zulässigkeit ist jedoch keinem Zweifel unterworfen Regelsberger, H.R. § 48, 5.

Digitized by Google

rung kann sich auf ein schon bestehendes Rechtsverhältniß beziehen, welches die Grundlage für später entstehende Forderungen werden kann, oder auf ein nur als möglich gedachtes aber noch nicht existentes Rechtsverhältniß, eine künftige Forderung im absoluten Sinn[4]. Immer ist jedoch erforderlich, daß der Betrag der Forderung in einem beiläufigen Anschlag fixirt werde[5]. Für die Sicherheitshypothek gelten folgende Grundsätze:

1. Das Pfandrecht entsteht nicht sofort mit seiner Eintragung, sondern erst mit Entstehung der Forderung[6]; der Gläu-

---

[3] Regelsberger, H.R. § 43, 3; Exner, H.R. § 20, 28. Beispiele sind die gesetzlichen Hypothektitel der Bevormundeten, der Kinder in väterlicher Gewalt und der Gemeinden und Corporationen, die nichts als Ansprüche auf Bestellung einer Sicherheitshypothek sind. Weitere Beispiele führen Förster Eccius § 192, 9. 13 und Regelsberger, H.R. § 43, 2b an. Nach Preußischem Landrecht I. 20. 14 kann die Bestellung einer Sicherheitshypothek in allen Fällen stattfinden, in welchen ein Anspruch auf Bestellung einer Caution gegeben ist. Oesterreich Gr.B.G. § 14 Abs. 2—4 führt die Credithypothek, die Hypothekbestellung aus einer übernommenen Geschäftsführung, aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadensersatzes auf.

[4] Dieß war schon nach römischem Recht als zulässig anzusehen l. 4 D. 20. 3; l. 1 § 1 l. 11 pr. D. 20. 4; Erk. Lübeck 20/7 1846 Sf. I. 410; Regelsberger, Sicherheitshypothek § 3, und gilt als zulässig nach Bayrischem und Württembergischem Recht Regelsberger, H.R. § 43, 5; Römer, Pf.R. § 21, 5. A. M. Lang, Sachenrecht § 167, 13 und Wächter, W. P.R. II. 705. Auf Grund der Bestimmung Pr. L.R. I. 20. 14 wurde die Zulässigkeit nach Preußischem Recht in Abrede gezogen von Koch, P.R. § 364, 8 und Förster, Pr. P.R. § 192, 5, und angenommen, daß eine Sicherheitshypothek für künftige Forderungen nur dann giltig bestellt werden könne, wenn für dieselben Caution gefordert und geleistet werden könne, d. h. soweit der Rechtsgrund für die künftige Forderung bereits vorhanden sei. Gegen diese Beschränkung erklären sich Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 4 und Förster Eccius § 192, 15—17, indem sie die Bestellung einer Sicherheitshypothek auch für künftige Forderungen im absoluten Sinn für zulässig erachten, und dieß ist angenommen Erk. Marienwerder 13/4 1876 Johow VI. 162; Frankfurt 31/12 1877 Johow VIII. 221 und Kammergericht 29/10 1878 Johow VIII. 222. Nach Oesterreichischem Recht wird die Bestellung einer Sicherheitshypothek für künftige Forderungen in absolutem Sinn nicht für zulässig erachtet Exner, H.R. § 20, 30.

[5] Pr. E.E.G. § 24; Bayern H.G. § 19; Sachsen B.G.B. § 389; Altenburg H.O. § 50; Reuß ä. L. H.O. § 51; Reuß j. L. H.O. § 49; Mecklenburg R.St.B.O. § 13 Nr. 2; Rudolstadt H.O. § 12; Meiningen E.G. Art. 11; Oesterreich Gr.B.G. § 14.

[6] Regelsberger, H.R. § 43, 7; Römer, Pf.R. 105.

Digitized by Google

biger, der es geltend macht, muß daher den Beweis der Entstehung der Forderung erbringen [7].

2. Der Zweck der Eintragung ist mit der Entstehung der Forderung die Entstehung des Pfandrechts mit dem Rang des Eintragungsdatums zu sichern [8]. Daher geht mit Entstehung der Forderung für die sie bestellt ist die Sicherheitshypothek in eine volle Hypothek mit dem Rang des Eintragungsdatums über [9], und sie kann als solche eingetragen werden [10]. Bestritten ist, ob zu dieser Verwandlung die Zustimmung des Schuldners [11] genüge, oder ob dazu auch die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger erforderlich sei [12].

3. Die Sicherheitshypothek als solche nimmt an den Vortheilen der Publicität nicht Theil, dem redlichen Erwerber können

---

[7] Römer, Pf.R. 107; Exner, H.R. § 35, 25. Liegt nicht ein Anerkenntniß des Schuldners vor, so ist richterliche Entscheidung erforderlich Dernburg, Pr. P.R. I. § 332 nach Note 6; Achilles Ges. 197 Nr. 3.

[8] Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 2; Regelsberger, H.R. § 43 Nr. 4; Römer, Pf.R. 105; Müller, Pf.R. § 28, 8; Exner, H.R. § 20, 36. Gemeinrechtlich ist es bestritten, von welchem Zeitpunkt an der Rang der Sicherheitshypothek zu bestimmen sei, ob vom Zeitpunkt der Entstehung der Hypothek oder dem der Forderung; s. über diese Streitfrage Windscheid § 242, 8. Für unser Recht ist diese Streitfrage gegenstandslos, da sich der Rang nur nach der Stellung der Sicherheitshypothek im Hypothekenbuch bestimmen kann. Die Sicherheitshypothek hat die Funktion der Offenhaltung des Foliums Regelsberger, H.R. § 43, 8.

[9] Der Uebergang erfolgt, wenn die Entstehung der Forderung festgestellt ist, ohne daß es einer Umschreibung bedarf Erk. O.Tr. 29/4 1867 Striethorst LXVII. 151; Regelsberger, H.R. § 43, 7.

[10] Daß diese Umwandlung in eine volle Hypothek zulässig sei, wenn die Entstehung der Forderung durch Anerkenntniß des Schuldners oder rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt ist, ist keinem Zweifel unterworfen Erk. O.Tr. 9/6 1874 Striethorst 91, 286; Achilles Ges. 198 Nr. 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332 nach Note 6; Regelsberger, H.R. § 43, 8.

[11] Bestritten ist, ob wenn vor der Verwandlung das Grundstück veräußert wird, die Anerkennung des Bestellers genüge Achilles Ges. 198 Nr. 4, oder ob auch die des neuen Erwerbers erforderlich sei Turnau, Gr.B.O. I. 312 Nr. 7.

[12] Die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger halten für erforderlich Förster Eccius § 199a. III; Regelsberger, H.R. § 43 Nr. 5; Römer, Pf.R. § 21, 8; nicht für erforderlich Turnau, Gr.B.O. I. 313 Nr. 7; Achilles Ges. 198 Nr. 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 7.

Digitized by Google

daher Einreden aus dem obligatorischen Verhältniß unbeschränkt entgegengesetzt werden, und die Verjährung der zu Grund liegenden Forderung wird durch die Eintragung der Sicherheitshypothek im Hypothekenbuch nicht gehindert [13].

4. Der Besteller kann, ohne daß die Voraussetzungen der Entstehung vorliegen, einseitig eine Cautionshypothek nicht in eine volle Hypothek verwandeln, es ist dazu vielmehr die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger erforderlich [14].

Auch das französische Recht hat die Cautionshypothek und namentlich die Credithypothek ausgebildet [15]. In der Hauptsache gelten für die Cautionshypothek des französischen Rechts die oben aufgeführten Grundsätze. Auch nach französischem Recht wird angenommen, daß der Rang der Cautionshypothek nach der Zeit der Inskription sich richte [16].

---

§ 302.

II. Der Hypothekttitel im Allgemeinen [1].

Die Eintragung einer Hypothek setzt nach Deutschem Hypothekenrecht einen Rechtstitel voraus; es muß ein Rechtsgrund für Eintragung der Hypothek vorliegen. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

---

[13] Dernburg, Pr. P.R. I. § 332. 6. Die in Pr. E.E.G. § 61—66 für die Hypothek bestimmte Succession des Eigenthümers findet bei der Cautionshypothek nicht statt Pr. E.E.G. § 67.

[14] Von Manchen wird angenommen, daß der Schuldner willkürlich eine Cautionshypothek in eine volle Hypothek verwandeln könne, indem er die Eintragung einer solchen an der Stelle der Cautionshypothek bewilligt Turnau, Gr.B.O. I. 312 Nr. 7. Mit Recht erklären sich dagegen Förster Eccius § 199a, 20; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 7. Die Umwandlung der Cautionshypothek in eine volle Hypothek setzt vielmehr die Entstehung der Forderung für welche diese bewilligt ist voraus.

[15] Vgl. Zachariä § 266, 30; Aubry § 266, 66; Puchelt § 50, 8 folg.

[16] Dieß wird auf Grund der Bestimmung in C. c. Art. 2134 von der französischen Jurisprudenz jetzt ziemlich allgemein angenommen Zachariä § 266, 33; Aubry § 266, 71; Puchelt, H.R. § 50, 16.

[1] Vgl. Förster Eccius § 193. I; Dernburg, Pr. P.R. I. § 317; Regelsberger, H.R. § 48—51; Römer, Pf.R. § 23—34; Lang, Sachenrecht § 169; Siegmann, H.R. § 9; Müller, Pf.R. § 36—47; Exner, H.R. § 21—23.

Digitized by Google

I. Der Hypothektitel ist die durch das Gesetz oder durch Willenserklärung des Schuldners begründete Bestimmung eines Hypothekenobjekts zum Unterpfand für eine Forderung, woraus der Anspruch auf Eintragung der Hypothek gegen den Schuldner entsteht[2].

II. Der Hypothektitel kann auf einer gesetzlichen Bestimmung oder einer Willenserklärung des Eigenthümers des Hypothekenobjekts beruhen[3]. Die Willenserklärung kann eine einseitige oder eine in einem Vertrag niedergelegte sein[4].

III. Der Hypothektitel begründet, wenn er nicht an sich zur Eintragung der Hypothek direkt führt[5], einen obligatorischen Anspruch[6] auf Mitwirkung bei Eintragung der Hypothek[7] gegen den Eigenthümer des Hypothekenobjekts gegen den der Verpflichtungsgrund entstanden ist[8], nicht aber gegen einen Singularsuccessor des Verpflichteten im Hypothekenobjekt[9].

IV. Der Hypothektitel ist ein Nebenrecht der Forderung für die er begründet ist, und kann mit dieser abgetreten werden[10]; er geht, wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist, von selbst mit

---

[2] Regelsberger, H.R. § 48, 2; Pr. L.R. I. 20. 2; Bayern, H.G. § 9; Württemberg Pf.G. Art. 15; Sachsen B.G.B. § 387; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 34; Reuß ä. L. H.O. § 36; Weimar Pf.G. § 27; Rudolstadt H.G. § 14; Hessen-Darmstadt Pf.G. Art. 14; Oesterreich A.B.G.B. § 449.

[3] Regelsberger, H.R. § 48, 4; s. die in Note 2 aufgeführten Stellen. Nach Oesterreichischem Recht wird auch der richterliche Hypothektitel unterschieden Exner, H.R. § 21, 3. § 23. II. Die Deutschen Hypothekengesetze führen den richterlichen Hypothektitel unter den gesetzlichen auf. Vgl. unten § 303 Nr. 9.

[4] Vgl. unten § 304.

[5] Dieß ist der Fall, wo einseitige Bewilligung als genügend erscheint unten § 305. III. 1, und wo der Nachweis eines gesetzlichen Hypothektitels zur Eintragung genügt unten § 305, 57.

[6] Römer, Pf.R. 121. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Rudolstadt Pf.G. § 14.

[7] Regelsberger, H.R. § 48 Nr. 3; Römer, Pf.R. 121; Müller, Pf.R. § 47. II.

[8] Regelsberger, H.R. § 48, 5; Römer, Pf.R. 121; Müller, Pf.R. § 47. II. Der Anspruch ist gegen die Erben nur begründet, insoferne sie in das Hypothekenobjekt succediren.

[9] Bayern H.G. § 26 Nr. 3; Römer, Pf.R. 121; Müller, Pf.R. § 47, 12.

[10] Gönner, Commentar I. 188; Römer, Pf.R. 122; Siegmann, H.R. § 32. Vorausgesetzt wird, daß die Forderung selbst cessibel sei, was bei gesetzlichen Hypothektiteln nicht immer der Fall ist.

Digitized by Google

der Forderung auf den Cessionar über [11], kann aber nicht getrennt von derselben übertragen werden [12].

V. Der Hypothekentitel unterliegt nicht dem Princip der Specialität. Ist das Grundstück, für welches er begründet wird, nicht durch das Gesetz oder die Willenserklärung speciell bezeichnet, so erstreckt sich der Anspruch auf Eintragung auf alle Immobilien des Verpflichteten [13]. Jedoch steht nach einzelnen Hypothekenordnungen bei gesetzlichen allgemeinen Rechtstiteln dem Schuldner das Recht zu, zu verlangen, daß sich die Eintragung der Hypothek auf einen solchen freien Güterwerth beschränke, der nach Abzug der vorstehenden Posten für den Betrag der Forderung die nöthige Sicherheit bietet [14].

VI. Bei gesetzlichen Hypothekentiteln hat der Gläubiger immer das Recht, die Eintragung auf der nächstoffenen Stelle zu verlangen [15]; bei freiwilligen Hypothekentiteln kann die Stelle, an welcher die Hypothek eingetragen werden soll, durch den Schuldner besonders bestimmt sein [16].

Eine völlig abweichende Stellung nimmt das französische Recht ein. Nach diesem entsteht die Hypothek nicht wie nach Deutschem Recht durch Eintragung, sondern ihr Bestand dem Schuldner gegenüber ist mit der Entstehung des zu Grund liegenden Rechts-

---

[11] Regelsberger, H.R. § 48, 9; Römer, Pf.R. 123; Weimar, Pf.G. § 73.

[12] Regelsberger, H.R. § 48, 9; Römer, Pf.R. 122, 3; Darmstadt Pf.G. Art. 92; Rudolstadt H.G. § 32; Weimar Pf.G. § 72.

[13] Regelsberger, H.R. § 48, 13; Römer, Pf.R. 123; Müller, Pf.R. § 36. II.

[14] Nach Bayern H.G. § 11 kann der Schuldner Beschränkung auf einen freien Güterwerth verlangen, der den Betrag der Forderung um ein Drittel übersteigt. Nach Weimar Pf.G. § 51 kann der Gläubiger nur die Bestellung eines Pfandes fordern dessen Werth dem doppelten Betrag der zu versichernden Summe gleichkommt. Dieselbe Bestimmung hat Meiningen E.G. Art. 18 mit Beschränkung auf den 1½fachen Betrag. Nach Darmstadt Pf.G. Art. 13. 18. 30 ist bei Eintragung gesetzlicher Hypothekentitel der Werth, der dem Pfandnexus zu unterwerfenden Immobilien durch ortsgerichtliche Schätzung festzustellen, und es soll dieser Werth regelmäßig das doppelte der zu versichernden Summe betragen. Nach mehreren H.O. kann der Schuldner auch eine Beschränkung der schon errichteten Hypothek auf die zur Sicherung der Forderung genügenden Immobilien verlangen, unten § 305, 41—44.

[15] Regelsberger, H.R. § 48 Nr. 7. § 61. I. 2.

[16] Vgl. unten § 321 Nr. 1.

Digitized by Google

verhältnisses gegeben; die Inskription hat nur den Zweck, die Rechte des Gläubigers gegenüber anderen Gläubigern und gegenüber dem dritten Erwerber des Hypothekenobjekts zu sichern. Nach dem zu Grund liegenden Rechtsverhältniß unterscheidet das französische Recht die Legalhypotheken, die Judicialhypothek, die Immobiliarprivilegien und die Vertragshypothek. Das französische Recht kennt also nicht Hypothektitel im Sinn der Deutschen Hypothekenordnungen, welche die Voraussetzung der Eintragung daher auch der Begründung des Pfandrechts bilden, sondern nur Pfandrechte, die auf Gesetz richterlichem Urtheil oder Vertrag beruhen, und die zum Schutz des Vorzugsrechts gegenüber anderen Gläubigern und zur Geltendmachung der Rechte des Gläubigers gegen einen dritten Erwerber des Hypothekenobjekts, soweit sie inskriptionspflichtig sind, inskribirt werden. Ich werde nun in der nachfolgenden Darstellung, um den Gegensatz hervorzuheben, den gesetzlichen Rechtstiteln des Deutschen Rechts die Legalhypotheken, die Judicialhypothek und die Immobiliarprivilegien des französischen Rechts und den freiwilligen Rechtstiteln des Deutschen Rechts die Conventionalhypotheken des französischen Rechts gegenüberstellen.

III. Von den Hypothektiteln im Einzelnen.

§ 303.

1. Die gesetzlichen Hypothektitel [1].

Gesetzliche Hypothektitel sind nach den Deutschen Hypothekengesetzen diejenigen Rechtstitel, welche dem Gläubiger ein von dem Willen des Schuldners unabhängiges Recht auf Eintragung einer Hypothek gewähren. Die auf Grund gesetzlicher Rechtstitel einzutragenden Hypotheken unterliegen den allgemeinen Voraussetzungen der Entstehung einer Hypothek; es muß daher ein für Begründung einer Hypothek geeignetes Forderungsrecht vorhanden sein, und der Schuldner muß Eigenthümer eines Immobiles sein,

---

[1] Vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 320; Förster Eccius § 193. Ia und § 198, 16; Regelsberger, H.R. § 50; Römer, Pf.R. § 29; Müller, Pf.R. § 37—45.

Digitized by Google

das als Pfandobjekt zu dienen geeignet ist[2]. Von den freiwilligen unterscheiden sich die gesetzlichen Hypothekttitel darin, daß sie von dem Willen des Schuldners unabhängig sind, und daß, wenn ihr Bestand erwiesen ist, die Eintragung der Hypothek auch gegen den Willen desselben erfolgen kann. Von den gesetzlichen Pfandrechten des gemeinen Rechts unterscheiden sie sich darin, daß sie nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts nicht das Pfandrecht selbst gewähren, daß die Begründung des Pfandrechts einen Antrag des Berechtigten oder für den Berechtigten voraussetzt, und daß sich das Rangverhältniß der auf Grund der gesetzlichen Rechtstitel eingetragenen Hypotheken lediglich nach der Eintragung richtet. Die einzelnen Rechtstitel sind durch das Gesetz bestimmt[3], und können nicht durch analoge Anwendung erweitert werden[4]. Die gesetzlichen Rechtstitel sind theils generelle, auf alle Immobilien des Schuldners bezügliche, theils specielle, die sich auf die Objekte beschränken, bezüglich deren die Forderung entstanden ist[5]. Die einzelnen Rechtstitel sind:

---

[2] Vgl. oben § 298.

[3] Bayern H.G. § 12; Württemberg Pf.G. Art. 27—46; Sachsen B.G.B. § 390—395; Altenburg H.O. § 35—45; Reuß ä. L. H.O. § 37—46; Reuß j. L. H.O. § 35—44; Darmstadt Pf.G. Art. 15—25; Weimar Pf.G. § 32—55; Rudolstadt H.O. § 15—24; Meiningen Pf.G. Art. 13—18. Das Preußische Landrecht I. 20. 3 hat die gesetzlichen Hypothekttitel bei den verschiedenen Geschäften aus denen sie entstehen, aufgeführt, und außerdem durch A.G.O. I. 51. 12 allen Forderungen, welche im Concurs in der 4. 5. und den beiden ersten Stellen der 6. Classe rangirten, einen gesetzlichen Hypothekttitel eingeräumt; durch E.G. zur Concursordnung 8/5 1855 Art. 11 sind die letzteren indeß neu bestimmt, so daß nur den hier und im A.L.R. bezeichneten die Eigenschaft gesetzlicher Hypothekttitel zukömmt. Eine Zusammenstellung s. Koch, Anm. 5 zu L.R. I. 20. 3 und Förster, Pr. P.R. § 193, 8—16. Für Grundschulden gibt es keine gesetzlichen Rechtstitel Förster Eccius § 198, 16. Das Oesterreichische Recht kennt als gesetzliche Hypothekttitel nur denjenigen für Cautionsleistung und für Entschädigung wegen eingetragener dinglicher Lasten (Servituten, Reallasten, Bestandvertrag) Exner, H.R. § 23. I. Die Mecklenburgischen H.O. haben mit Ausnahme der R.St.B.O. und der Strelitzischen D.H.O. keine gesetzlichen Rechtstitel Meibom, H.R. § 14, 14. Nach der D. H.O. § 14 ist sämmtlichen gesetzlichen Pfandrechten des gemeinen Rechts die Eigenschaft gesetzlicher Rechtstitel beigelegt.

[4] Regelsberger, H.R. § 50, 3; Siegmann, H.R. § 29; Weimar Pf.G. § 50.

[5] Der überwiegende Theil der Rechtstitel ist generell. In der nachfol-

Digitized by Google

1. Der Fiskus. Nach Preußischem Recht haben der Fiskus und gewisse mit fiskalischen Rechten versehene Anstalten einen gesetzlichen Pfandrechtstitel an den Immobilien ihrer Schuldner wegen aller Ansprüche mit Ausnahme der Geldstrafen[6]. Nach Bayrischem Recht hat der Staat einen gesetzlichen Rechtstitel wegen der rückständigen ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben, nicht aber wegen anderer Forderungen an den Immobilien ihrer Schuldner[7]. Nach Sächsischem Recht hat der Staat einen gesetzlichen Hypothektitel nur gegenüber den bei der Vermögens- oder Cassenverwaltung angestellten Dienern wegen der aus letzteren etwa entstehenden Forderungen an den Immobilien derselben[8].

2. Gemeinden und Corporationen. Nach Bayrischem Recht[9] haben Gemeinden und gewisse Corporationen, nach Sächsischem Recht[10] haben Kirchen, Unterrichtsanstalten und Wohlthätigkeitsanstalten, nach Württembergischem Recht[11] haben milde Stiftungen einen gesetzlichen Rechtstitel an den Immobilien ihrer Verwalter wegen Forderungen aus der Verwaltung; nach Preußischem Recht haben Gemeinden und gewisse Corporationen[12] einen solchen an den

---

genden Darstellung wird bei den einzelnen Rechtstiteln unterschieden werden, ob sie generell oder speciell sind.

[6] E.G. zur K.O. 8/5 1855 Art. XI. 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 320, 8; Koch, Pr. P.R. § 367, 3.

[7] Bayern H.G. § 12, 1; Regelsberger, H.R. § 50, 5. Die gleiche Bestimmung hat Meiningen H.O. Art. 17.

[8] Sachsen B.G.B. § 393. Die gleiche Bestimmung haben Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 38; Reuß ä. L. H.O. § 40. Nach Rudolstadt H.O. § 21 haben diesen Anspruch die mit dem Recht des Fiskus versehenen Kassen.

[9] Berechtigt sind Gemeinden und selbstständige Stiftungen, welche den Zwecken des Cultus des Unterrichts und der Wohlthätigkeit dienen H.G. § 12 Nr. 2; Regelsberger, H.R. § 50, 7.

[10] Nach Sachsen B.G.B. § 393, Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 38 und Reuß ä. L. H.O. § 40 sind berechtigt Kirchen und mit juristischer Persönlichkeit versehene Vermögensmassen, die dem Unterricht oder der Wohlthätigkeit dienen. Nach Rudolstadt H.O. § 21 sind berechtigt die mit dem Recht des Fiskus versehenen Kassen, dann Gemeinden, Kirchen, Pfarreien, Schulen, die Stipendien und Stiftungskassen, ingleichen die öffentlichen Unterrichts- Versorgungs- Unterstützungs- Heil- Straf- und Besserungsanstalten.

[11] Württemberg Pf.G. Art. 37; Römer, Pf.R. § 31. IV.

[12] Nach Einf.G. zu Konk.O. 8/5 1855 Art. XI. 2 sind berechtigt die Ge-

Digitized by Google

Immobilien ihrer Beamten wegen Forderungen aus ihrer Verwaltung und an den Immobilien ihrer Mitcontrahenten wegen der Ansprüche aus den mit ihnen geschlossenen Verträgen[13].

3. Bevormundete. Nach Bayrischem[14] Württembergischem[15] und Sächsischem Recht[16] haben Bevormundete einen gesetzlichen Rechtstitel an den Immobilien des Vormunds wegen ihrer Forderungen aus der Vormundschaft.

4. Die Ehefrau. Nach Preußischem Landrecht hat die Ehefrau einen gesetzlichen Rechtstitel an den Immobilien des Ehemannes wegen ihres in die gesetzliche Verwaltung des Ehemannes übergegangenen Vermögens, insoferne der Hypothektitel innerhalb eines Jahres nach Beginn der Verwaltung geltend gemacht wird[17], nach Sächsischem Recht wegen ihres bei Eingehung der Ehe oder während der Ehe eingebrachten beweglichen Vermögens[18], nach Bayrischem[19], Württembergischem[20], Darmstädtischem[21] und Wei-

---

meinden, Kreis- und Provinzialverbände, landschaftlichen Creditverbände, Domkapitel, Collegiatstifte, Klöster, Kirchen, Schulen und andere Stiftungen.

[13] Einf.G. zu Konk.O. 8/5 1855 Art. XI. 2; Koch, Pr. P.R. § 367, 7.

[14] Nach Bayern H.G. § 12, 5 sind berechtigt Minderjährige und alle unter Curatel stehende Personen wegen der aus der Vormundschaft entspringenden Ansprüche gegen ihre Vormünder und deren Bürgen Regelsberger, H.R. § 50, 10.

[15] Württemberg Pf.G. Art. 37; Römer, Pf.R. § 31. Der Hypothektitel steht Minderjährigen und anderen unter Vormundschaft gestellten Personen zu, ob auch den unter Curatel gestellten Abwesenden ist bestritten Römer, Pf.R. § 31. I; Lang, Sachenrecht § 169, 30.

[16] Sachsen B.G.B. § 392; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 36; Reuß ä. L. H.O. § 38; Rudolstadt H.O. § 16; Meiningen E.G. Art. 15. Der Anspruch steht Minderjährigen und anderen unter Vormundschaft stehenden Personen zu.

[17] Die Beschränkung, die in der ursprünglichen Bestimmung Pr. L.R. II. 1. 254 nicht gegeben war, beruht auf E.G. zur K.O. 8/5 1855 Art. XIX. Bestritten ist, ob mit Ablauf des Jahres der Anspruch überhaupt erlösche, oder gegen später erworbene Immobilien des Ehemannes innerhalb eines Jahres nach der Erwerbung geltend gemacht werden könne. Das letztere nehmen an Koch, Pr. P.R. § 367, 8; Dernburg, Pr. P.R. I. § 320, 11.

[18] Sachsen B.G.B. § 390. Die gleiche Bestimmung haben Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 35; Reuß ä. L. H.O. § 37; Rudolstadt H.O. § 15; Meiningen E.G. Art. 18.

[19] Bayern H.G. § 12, 6. Es gehören dahin die Ansprüche wegen der Illaten und aus dem Ehevertrag, auf Entschädigung für die mit ihrem Ehe-

Digitized by Google

mariſchem Recht[22] wegen ihrer in den ehelichen Verhältniſſen begründeten vermögensrechtlichen Anſprüche.

5. Die Kinder. Nach Preußiſchem Landrecht haben Kinder bei Wiederverehelichung des Vaters einen geſetzlichen Hypothektitel an den Immobilien deſſelben wegen des in ſeiner Verwaltung befindlichen Vermögens[23], und bei Eheſcheidung an den Immobilien des ſich wieder verheirathenden Ehetheiles wegen ihres künftigen Pflichttheils[24]. Nach Sächſiſchem Recht haben in väterlicher Gewalt befindliche Kinder einen geſetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Vaters wegen ihres in ſeiner Verwaltung befindlichen beweglichen Vermögens und der aus dieſer entſtehenden Anſprüche[25]. Nach den Hypothekenordnungen von Bayern[26], Württemberg[27], Darmſtadt[28], Weimar[29], Meiningen[30] und Ru-

---

mann übernommenen Verbindlichkeiten, und auf Erſatz für die von ihrem Ehemann veräußerten Güter Regelsberger H.R. § 50, 17.

[20] Pf.G. Art. 20. Es gehören dahin die Anſprüche wegen des in die Verwaltung des Mannes gelangenden beweglichen Vermögens, wegen des Erlöſes aus den vom Ehemann veräußerten Immobiliarillaten, auf das vertragsmäßig zugeſicherte Witthum und die Gegenſchenkung, nicht aber andere vertragsmäßige Anſprüche Römer, Pf.R. § 29. I; Lang, Sachenrecht § 169, 20.

[21] Pf.G. Art. 15, 3. Es erſtreckt ſich dieß auf die Anſprüche wegen ihrer beweglichen Illaten, wegen der ihr aus dem Ehevertrag zuſtehenden Rechte, wegen Entſchädigung für Verbindlichkeiten, die ſie für den Ehemann übernommen hat, und wegen des Erlöſes aus ihren von dem Ehemann veräußerten Vermögensſtücken.

[22] Weimar Pf.G. § 33. Es erſtreckt ſich dieß auf die Anſprüche hinſichtlich des dem Ehemann zugebrachten Vermögens und des Leibgedings.

[23] Pr. L.R. II. 2. 187; Dernburg, Pr. P.R. I. § 320 Nr. 4.

[24] Pr. L.R. II. 2. 463; Koch, Pr. P.R. § 367, 18.

[25] Sachſen B.G.B. § 391. Nach Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 37 und Reuß ä. L. H.O. § 38 iſt dieſer Hypothektitel für Anſprüche aus der Verwaltung des ganzen Vermögens gegeben.

[26] Bayern H.G. § 12, 7. Es umfaßt dieß das Vater- oder Muttergut, oder ſonſt erworbene Vermögen und den Voraus bei Einkindſchaftungen Regelsberger, H.R. § 50, 20.

[27] Pf.G. Art. 33. Der Hypothektitel umfaßt die Anſprüche wegen des in der geſetzlichen Verwaltung des Aſcendenten befindlichen beweglichen Vermögens und wegen des Erlöſes aus veräußerten Immobilien derſelben Römer, Pf.R. § 30; Lang, Sachenrecht § 169, 25.

[28] Pf.G. Art. 15. 1. 2. Der Hypothektitel umfaßt die Anſprüche der Kinder wegen des in der geſetzlichen Verwaltung eines Elterntheils ſtehenden

Digitized by Google

bolstadt[31] haben Kinder einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien der Eltern wegen ihres in der Verwaltung derselben befindlichen Vermögens und der damit in Verbindung stehenden Ansprüche.

6. Die Anspruchsberechtigten bei Erbgütern. Nach Bayrischem und Darmstädtischem Recht haben bei landwirthschaftlichen Erbgütern einen gesetzlichen Hypothektitel der Vorgänger im Erbgut für die Summe, die er sich bei der Uebergabe als Eigenthum vorbehalten hat, die Anerben für ihre Abfindungssummen und alle Personen, die Alimente aus dem Erbgut anzusprechen haben, für diese an dem Erbgut[32].

7. Die Auszugsberechtigten. Nach den Sächsischen Hypothekenordnungen haben Auszugsberechtigte einen gesetzlichen Hypothektitel an dem mit dem Auszug belasteten Grundstück[33].

8. Die Legatarien und Erbschaftsgläubiger. Nach Preußischem Landrecht[34] und den Sächsischen Hypothekenordnungen[35] haben Legatarien einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Erblassers. Nach Bayrischem[36], Württembergischem[37],

---

Vermögens, wenn die Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst ist, und die Ansprüche wegen des beweglichen in der Verwaltung des Stiefvaters oder der Mutter stehenden Vermögens, wenn diese sich wieder verheirathet Müller, Pf.R. § 38.

[29] Weimar Pf.G. Art. 34.

[30] Meiningen Pf.G. Art. 14.

[31] Rudolstadt H.O. § 17.

[32] Bayern Ges. 22/2 1855 Art. 27; Roth, Bayr. C.R. (1) § 189, 38; Darmstadt Ges. 11/9 1858 Art. 45 Pf.G. Art. 25; Müller, Pf.R. § 40.

[33] Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 42; Reuß ä. L. H.O. § 45; Rudolstadt H.O. § 24.

[34] Pr. L.R. I. 12. 290; Einf.Ges. zur Konk.O. 8/5 1855 Art. XI.

[35] Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 40; Reuß ä. L. H.O. § 42; Rudolstadt H.O. § 22. Der Hypothektitel erstreckt sich auch auf Schenkungen von Todeswegen.

[36] Bayern H.G. § 12 Nr. 8; Regelsberger, H.R. § 50, 27.

[37] Württemberg Pf.G. Art. 38. 39; Römer, Pf.R. § 32. 33; Lang, Sachenrecht § 169, 31. Nach Pf.G. Art. 41 steht auch den Gläubigern desjenigen der durch Rechtsgeschäft unter Lebendigen sein Vermögen an einen anderen übergeben hat, ein gesetzlicher Pfandrechtstitel an den zu dem übergebenen Vermögen gehörigen Immobilien zu.

Digitized by Google

Weimarischem[38] und Rudolstädtischem Recht[39] haben Legatarien und Erbschaftsgläubiger für ihre Forderungen einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Erblassers.

9. Vollstreckbare Forderungen. Nach Preußischem[40] Sächsischem[41] und Oesterreichischem Recht[42] haben Gläubiger für vollstreckbare Forderungen einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Schuldners. Nach Württembergischem[43] und Darmstädtischem Recht[44] hat der Gläubiger einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Schuldners, deren Zwangsveräußerung zum Zweck seiner Befriedigung gerichtlich verfügt worden ist. Nach Bayrischem Recht hat der Gläubiger einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Schuldners wegen der rechtskräftig entschiedenen Forderungen, zu deren Vollzug ihm die Immission in die Güter des Schuldners zuerkannt ist[45].

10. Cautionsbestellung. Nach Preußischem[46] und Oesterreichischem Recht[47], und nach den Hypothekenrechten von Württemtemberg[48] und Weimar[49] haben Gläubiger, welche Cautionsleistung zu fordern berechtigt sind, einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien des Schuldners.

---

[38] Weimar Pf.G. § 42—44. Der Pfandrechtstitel steht auch Erben für die von ihren Miterben zu leistenden Herauszahlungen zu.

[39] Rudolstadt, H.O. § 22.

[40] Pr. L.R. I. 20. 5; V. 4/3 1834 § 22; Ges. 4/3 1879 § 22; Z.V. Ges. 13/7 1883 § 6—8; Förster Eccius § 132, 22; Dernburg, Pr. P.R. I. § 321. Zu diesen gehört auch die Arrestvormerkung, welche nach dem Z.V.G. 12/7 1883 § 2 und 10 als eine bedingte Hypothek aufzufassen ist Dernburg, Pr. P.R. I. § 322, 6. Dem entspricht nach Oesterreichischem Recht der Hypothekartitel zur Sicherstellung Exner, H.R. § 23, 20.

[41] Sachsen B.G.B. § 394; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 41; Reuß ä. L. H.O. § 43. 44; Weimar Pf.G. § 48; Rudolstadt H.O. § 23; Meiningen E.G. Art. 16.

[42] Exner, H.R. § 23. II.

[43] Württemberg Pf.G. Art. 43: Lang, Sachenrecht § 169, 36.

[44] Pf.G. Art. 24; Müller, Pf.R. § 41.

[45] H.G. § 12, 12; Regelsberger, H.R. § 50, 22. Die gleiche Bestimmung hat Meiningen H.G. Art. 16.

[46] Pr. L.R. I. 20. 4; Förster Eccius § 193, 4.

[47] Exner, H.R. § 23, 7.

[48] Pf.G. Art. 46; Lang, Sachenrecht § 169, 38.

[49] Weimar Pf.G. Art. 49.

Digitized by Google

11. Baugläubiger. Nach Bayrischem[50] und Württembergischem Recht[51] haben Baugläubiger einen gesetzlichen Hypothektitel an dem aufgeführten Bau für ihre Forderungen, für geleistete Arbeit oder gelieferte Materialien.

12. Dem Preußischen Recht eigenthümlich sind die gesetzlichen Hypothektitel der Concursmassen an den Immobilien der dieselben verwaltenden Personen wegen der Ansprüche aus der Verwaltung[52], der Dienstherrschaften an den Immobilien ihrer Dienstleute wegen der denselben zum Behuf ihrer Dienstverrichtungen anvertrauten Gelder und Effekten[53], des Verkäufers eines Grundstücks, der sich das Eigenthum vorbehalten hat, für den Kaufgeldrückstand[54], des Ehemannes wegen des Ehevermächtnisses an den Immobilien der Ehefrau[55], des Ehegatten wegen der ihm bei der Scheidung zu reichenden Alimente an den Immobilien des anderen Ehegatten[56].

13. Dem Bayrischen Recht eigenthümlich sind die gesetzlichen Hypothektitel der Gläubiger von Realrenten wegen Rückständen an diesen[57], der Hypothekgläubiger wegen der Streitkosten und Hypothekzinsrückstände[58], der Inhaber und Pächter von Bierbrauereien für ihre Forderungen an Bierwirthe für geliefertes Bier und Branntwein an den Immobilien der Bierwirthe[59], der Brandversicherungskammer für die Entschädigungssummen wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Brandstiftung[60].

14. Dem Oesterreichischen Recht eigenthümlich sind die gesetzlichen Hypothektitel der Bestandnehmer wegen Auflösung der Pacht

---

[50] H.G. § 12 Nr. 9; Regelsberger, H.R. § 50. B. 3.
[51] Pf.G. Art. 42; Lang, Sachenrecht § 169, 35.
[52] E.G. 8/5 1855 zur Konk.O. Art. XI. Nr. 4.
[53] E.G. 8/5 1855 zur Konk.O. Art. XI. Nr. 3.
[54] Pr. L.R. I. 11. 268; E.E.G. § 26. Für einen vertragsmäßigen Titel erklärt dieß Förster Eccius § 193, 8.
[55] Pr. L.R. I. 12. 290; II. 1. 454.
[56] Pr. L.R. II. 1. 802. 810.
[57] H.G. § 12. 4; Regelsberger, H.R. § 50, 25.
[58] H.G. § 12, 11; Regelsberger, H.R. § 50, 29.
[59] H.G. § 12, 10; Regelsberger, H.R. § 50, 21.
[60] Brandversicherungsgesetz 3/4 1875 Art. 46.

Digitized by Google

bei exekutiver Veräußerung des Grundstücks [61], und der Dienstbarkeitsberechtigten wegen Entschädigung für die bei exekutiver Veräußerung des Grundstücks nicht überwiesenen Dienstbarkeiten [62].

Den gesetzlichen Rechtstiteln des Deutschen Rechts entsprechen dem Inhalt nach die gesetzlichen Hypotheken des französischen Rechts, die Legalhypotheken, die Judicialhypothek und die Immobiliarprivilegien [63]; sie unterscheiden sich aber von derselben darin, daß sie nicht wie diese einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts gewähren, daß sie vielmehr zur Existenz gelangte Pfandrechte sind, die nur nach den Voraussetzungen der Begründung sich unterscheiden. Für die einzelnen Arten gelten folgende Grundsätze:

I. Legalhypotheken.

1. Minderjährige und Entmündigte haben von Entstehung der Vormundschaft an ein gesetzliches Pfandrecht an den gegenwärtigen und künftigen Immobilien des Vormunds wegen aller aus der Führung der Vormundschaft entstehenden Ansprüche [64].

2. Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht an den gegenwärtigen und künftigen Immobilien des Ehemannes auf Rückgabe und Ersatz der Verschlechterung wegen des in die Ehe gebrachten, und wegen des während der Ehe durch Erbschaft oder Freigebigkeit erworbenen Vermögens, auf Leistung der im Ehevertrag ihr zugewendeten Vortheile, auf Schadloshaltung für die mit dem Ehemann übernommenen Verbindlichkeiten, und auf Ersatz des Werths ihrer während der Ehe durch den Ehemann einseitig veräußerten Sondergüter [65]. Der Zeitpunkt, in welchem das

---

[61] A.B.G.B. § 1121; Exner, H.R. § 23, 11.

[62] Konkursordnung § 32; Exner, H.R. § 23, 12.

[63] Die Legalhypotheken und die Judicialhypothek des französischen Rechts sind gesetzliche Generalhypotheken, welche mit ihrer Entstehung das gegenwärtige und künftige Vermögen des Schuldners ergreifen; die Immobiliarprivilegien dagegen sind gesetzliche Specialhypotheken.

[64] C. c. Art. 2135 Nr. 1; Zachariä § 264 Nr. 1; Puchelt, H.R. § 40. Für die Preußische Rheinprovinz ist diese Legalhypothek durch die Vormundschaftsordnung 5/7 1875 abgeschafft. Diese Legalhypothek entspricht dem oben Nr. 3 angeführten gesetzlichen Hypothektitel des Bayrischen Württembergischen und Sächsischen Rechts.

[65] C. c. Art. 2135 Nr. 2; Puchelt, H.R. § 39; Zachariä § 264 Nr. 2.

Digitized by Google

Pfandrecht beginnt, ist für die einzelnen Ansprüche verschieden bestimmt[66].

3. Staat, Gemeinden und öffentliche Anstalten haben an den Immobilien ihrer Verwalter eine gesetzliche Hypothek wegen aller Ansprüche aus der Verwaltung, deren Wirksamkeit gegen Dritte mit der Inskription beginnt[67].

Die Legalhypotheken der Minderjährigen und Ehefrauen unterscheiden sich dadurch von den anderen Hypotheken des französischen Rechts, daß sie nicht inskriptionspflichtig sind, demnach regelmäßig[68] zur Wirksamkeit gegen Dritte nicht wie diese der Inskription bedürfen[69].

II. Die Judicialhypothek. Nach französischem Recht hat jedes von einem inländischen mit Jurisdiktionsbefugniß ausgestatteten Gericht erlassene Erkenntniß, welches eine Parthei zu einer Leistung verurtheilt, sowie jede von einem inländischen Gericht ausgesprochene Anerkennung der unter einer Schuldverschreibung befindlichen Unterschrift des Schuldners die Wirkung, daß für denjenigen, zu dessen Gunsten das Erkenntniß erlassen ist, ein Unterpfandsrecht an sämmtlichen gegenwärtigen und künftigen Liegenschaften des Schuldners entsteht, das zur Wirksamkeit gegen Dritte der Inskription bedarf[70].

III. Die Immobiliarprivilegien[71]. Dieses sind

Es entspricht dieß dem oben Nr. 4 aufgeführten gesetzlichen Hypothektitel mehrerer Deutscher H.O.

[66] Vgl. unten § 321, 27 f.

[67] C. c. Art. 2121; Zachariä § 264 Nr. 3. Es entspricht dieß dem oben Nr. 2 aufgeführten gesetzlichen Hypothektitel mehrerer Deutscher H.O.

[68] Ueber die Ausnahmsfälle, in welchen auch diese Legalhypotheken, wenn sie nicht erlöschen sollen, inskribirt werden müssen, vgl. unten § 305, 11 folg.

[69] Vgl. unten § 305, 7.

[70] C. c. Art. 2117. 2123; Zachariä § 265; Puchelt, H.R. § 44. 45. Bestritten ist, inwieferne die in C. c. Art. 2123 ausgesprochene Beschränkung auf Urtheile inländischer Gerichte für die Rechtsgebiete des französischen Rechts in Deutschland noch in Anwendung sei, oder ob durch das R.Ges. 21/6 1868 eine Ausdehnung auf die Erkenntnisse aller Deutschen Gerichte eingetreten sei. Gegen die letztere Annahme erklärt sich Puchelt, H.R. § 44, 5. Die Judicialhypothek des französischen Rechts entspricht dem oben Nr. 9 aufgeführten gesetzlichen Hypothektitel mehrerer Deutscher H.O.

[71] Zachariä § 263; Puchelt, H.R. § 12, 13 und 18, 33. Mit Recht be-

Digitized by Google

durch das Gesetz bezeichnete auf bestimmte Immobilien bezügliche Forderungsrechte, welche, wenn sie in der gesetzlich bestimmten Frist gewahrt sind, die Eigenschaft als Immobiliarprivilegien erhalten, wodurch sie regelmäßig den Vorrang vor den Hypotheken und einen nach Beschaffenheit der Forderung sich bestimmenden Rang unter sich anzusprechen haben[72], während sie, wenn sie nicht rechtzeitig gewahrt sind, die Bedeutung von gesetzlichen Specialpfandrechten haben, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Inskription bedürfen[73]. Die Immobiliarprivilegien des französischen Rechts sind folgende:

1. Das Privilegium des Verkäufers[74]. Der Verkäufer[75] eines Immobiles hat ein Immobiliarprivilegium für den Kaufpreis[76] an der verkauften Sache anzusprechen[77]. Sind mehrere Verkäufe vollzogen, so entscheidet die Priorität des einzelnen[78]. Das Privilegium wird gewahrt durch Transskription im Transskriptionsregister mit der Bemerkung, daß der Kaufpreis gestundet sei, wobei der Hypothekenbewahrer verpflichtet ist, zugleich die Inskription von Amtswegen vorzunehmen[79], oder durch Inskription[80].

---

merkt Puchelt, H.R. 10, 4, daß die Immobiliarprivilegien nur bevorzugte Hypotheken seien.

[72] C. c. Art. 2095. 2096; Puchelt, H.R. § 33. Vgl. unten § 321, 32.

[73] C. c. Art. 2113.

[74] Zachariä § 263, 1; Puchelt, H.R. § 18.

[75] Es findet dieß Anwendung auch auf das bei einem Tausch zu bezahlende Aufgeld und die Hingabe an Zahlungsstatt Puchelt, H.R. § 18, 1. 6; Zachariä § 263, 7.

[76] Es gilt dieß nur für den Kaufpreis, nicht für andere aus dem Verkauf sich ergebende Forderungen Puchelt, H.R. § 18, 8. Das Privilegium erstreckt sich aber auch auf die Zinsen Zachariä § 263, 2a.

[77] C. c. Art. 2103, 1a.

[78] C. c. Art. 2103, 1b; Puchelt, H.R. § 33, 6.

[79] C. c. Art. 2108; Puchelt, H.R. § 27, 4. 14; Zachariä § 276, 2.

[80] Puchelt, H.R. § 27, 5. Zweifel bestehen darüber, ob dieß nach dem Transskriptionsgesetz 23/3 1855 vor geschehener Transskription zuläßig sei Puchelt, H.R. § 27, 5; Aubry § 278, 4. Eine Zeitbestimmung für die Vornahme der Transskription oder Inskription enthält das Gesetz nicht. Es kommen demnach die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung, wonach der Verkäufer bis 14 Tage nach der Transskription dem Erwerber und seinen Gläubigern gegenüber noch als Eigenthümer erscheint C. de pr. Art. 834 Zachariä 271b, so daß es zur Erhaltnng des Privilegiums genügt, wenn das-

Digitized by Google

2. Das Privilegium des Darleihers zum Kauf [81]. Derjenige, welcher das Geld zum Ankauf eines Immobile vorgeschossen hat, hat das Privilegium des Verkäufers anzusprechen, wenn durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist, daß das Geld zu diesem Zweck erborgt oder daß es dazu verwendet worden sei [82]. Für die Wahrung dieses Privilegiums gelten dieselben Grundsätze wie für die Wahrung des Privilegiums des Verkäufers [83].

3. Das Theilungsprivilegium [84]. Miterben haben ein Privilegium wegen ihrer Ansprüche auf Eviktionsleistung Aufgeld und Versteigerungspreis aus der vollzogenen Theilung an sämmtlichen Immobilien der Verlassenschaft [85]. Das Privilegium wird gewahrt, wenn es binnen 60 Tagen nach geschehener Theilung inskribirt wird, und wirkt dann auf den Zeitpunkt der Theilung zurück [86]. Das gleiche Privilegium haben auch andere Miteigenthümer anzusprechen, die eine gemeinschaftliche Liegenschaft getheilt haben [87].

4. Das Privilegium der Werkunternehmer und Arbeiter [88]. Bauunternehmer und Arbeiter eines Werks haben ein Privilegium an dem errichteten Gebäude für die Baukosten [89]; die Wahrung des Privilegs erfolgt durch Inskription der aufzunehmenden beiden

---

selbe durch Transskription gewahrt wird. Vgl. über diese Frage Zachariä § 276, 4; Aubry § 278, b; Puchelt, H.R. § 27, 7a. Nach dem Transskriptionsgesetz 23/3 1855 ist für die Transskription eine Frist von 45 Tagen zur Wahrung der Rechte des Verkäufers gegenüber den Folgen des Weiterverkaufs bestimmt Aubry § 278, 6.

[81] Puchelt, H.R. § 19; Zachariä § 263 Nr. 2.

[82] C. c. Art. 2103, 2.

[83] Zachariä § 276, 9; Puchelt, H.R. § 27, 12.

[84] Zachariä § 276, 10; Puchelt, H.R. § 20.

[85] C. c. Art. 2103 Nr. 3.

[86] C. c. Art. 2109; Puchelt, H.R. § 20.

[87] C. c. Art. 2109; Zachariä § 263, 14; Puchelt, H.R. § 20, 1a.

[88] Zachariä § 276, 15; Puchelt, H.R. § 21.

[89] C. c. Art. 2103 Nr. 4. Voraussetzung ist die Aufnahme zweier Protokolle, von denen das erste den Zustand des Platzes vor Beginn des Werkes constatirt, das zweite, das wenigstens 6 Monate nach Beendigung des Werkes aufgenommen werden muß, den Betrag der Baukosten bestimmt. Es entspricht dieß dem im Bayrischen und Württembergischen Recht begründeten oben unter Nr. 9 aufgeführten gesetzlichen Pfandrechtstitel der Baugläubiger.

Digitized by Google

Protokolle[90]. Das Privilegium kann überdieß nur geltend gemacht werden für den Mehrwerth, welchen das Grundstück in Folge der Arbeiten zur Zeit der Veräußerung hat[91].

5. Diejenigen, welche zur Bezahlung der Arbeiten eines solchen Werkes Geld dargeliehen haben, haben unter denselben Voraussetzungen das Privilegium für ihr Darlehen anzusprechen, wenn die Aufnahme und Verwendung des Darlehens öffentlich beurkundet ist[92].

6. Erbschaftsgläubiger und Legatare haben das Recht, die Absonderung von dem Vermögen des Erben zu begehren[93]. In diesem Fall bewahren sie den Gläubigern des Erben gegenüber das Recht auf die Immobilien der Erbschaft dadurch, daß sie binnen sechs Monaten von Eröffnung der Erbschaft an das Privilegium auf sämmtliche Immobilien der Erbschaft inskribiren lassen[94].

---

§ 304.

2. Die freiwilligen Rechtstitel[1].

Der Eigenthümer kann nach den Deutschen Hypothekenrechten durch seine Willenserklärung die Begründung einer Hypothek veranlassen. Zur freiwilligen Hypothekbestellung wird vorausgesetzt, daß dem Schuldner die Befugniß zu Zwecken des Hypothekenbuchs zu verfügen unbeschränkt zustehe[2], und daß eine rechtsgiltige Willenserklärung vorliege. Diese kann bestehen

I. in einer einseitigen Verpfändungserklärung nämlich

1. in einer letztwilligen Verfügung. Gemeinrechtlich kann

---

[90] C. c. Art. 2110. Das Privileg wird erst mit dem Tag der Inskription des ersten Protokolls wirksam, vgl. Zachariä § 276, 14.

[91] C. c. Art. 2103 Nr. 4; Zachariä § 263, 23.

[92] C. c. Art. 2103 Nr. 5; Puchelt, H.R. § 22. Die Beurkundung erfolgt nach den Vorschriften des C. c. Art. 2103 Nr. 2 oben Note 72.

[93] C. c. Art. 878. 879; Zachariä § 618.

[94] C. c. Art. 2111; Puchelt, H.R. § 23 und § 30.

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. § 320; Regelsberger, H.R. § 51. 52; Römer, Pf.R. § 25—28; Müller, Pf.R. § 46; Exner, H.R. § 22.

[2] Vgl. oben § 299.

Digitized by Google

der Erblasser einem Gläubiger oder Legatar ein Pfandrecht an den Sachen der Erbschaft bestellen, welches mit dem Erbschaftsantritt in Wirksamkeit tritt [3]. Dieß ist in mehreren unserer H.O. in der Art angenommen, daß für den Gläubiger dadurch ein Rechtstitel auf Eintragung der Hypothek geschaffen wird, der von dem Bedachten geltend gemacht werden kann, sowie das Legat in Wirksamkeit getreten ist [4]. Die Meinung, daß nach diesen H.O. dadurch nur eine obligatorische Verpflichtung des Erben zur Eintragungsbewilligung begründet werde [5], entbehrt nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen der Begründung [6]. Dagegen enthält die letztwillige Verfügung der Bestellung einer Hypothek auf Immobilien des Erben nicht einen Rechtstitel für den Ho-

---

[3] Dernburg, Pr. P.R. I. 287—289.

[4] Bayern H.G. § 13 Regelsberger, H.R. § 51. I; Württemberg Pf.G. Art. 17 Römer, Pf.R. § 25, 3; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 47; Reuß ä. L. H.O. § 48; Darmstadt Pf.G. Art. 29, 2; Weimar Pf.G. § 30; Rudolstadt Pf.G. § 25; Oesterreich A.B.G.B. § 449. 450 Exner, H.R. § 22, 22. Das Pr. E.E.G. § 19 enthält keine darauf bezügliche Bestimmung.

[5] Regelsberger, H.R. § 51, 1 geht von der Ansicht aus, daß nach neuerem Recht die letztwillige Pfandbestellung des Erblassers nur eine obligatorische Verpflichtung der Erben zur Eintragungsbewilligung erzeuge. Die Bestimmung des Bayr. H.G. § 13 „durch erklärten Privatwillen kann eine Hypothek entweder in einer letztwilligen Verfügung oder in einem Vertrag zugestanden werden" und § 14: „Hiezu wird von Seite desjenigen, welcher die Hypothek bewilligt, das Recht und die Fähigkeit erfordert, über die Sache zu verfügen", steht dieser Auslegung entgegen, da das Gesetz den durch letztwillige Verfügung bestellten Pfandrechtstitel dem vertragsmäßigen völlig gleichstellt.

[6] Mehrere derselben schließen die von Regelsberger gegebene Auslegung aus, so Darmstadt Pf.G. Art. 29: „Der durch letztwillige Verfügung begründete Hypothektitel gibt nur ein Recht die Einschreibung zu verlangen, wenn der letztwilligen Verfügung durch das Erbschaftsgericht die Bescheinigung beigefügt ist, daß sie . . . . anerkannt . . . oder für rechtsgiltig erklärt worden sei"; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 47 Reuß ä. L. H.O. § 48: „Aus einem Vertrag oder letzten Willen kann der Gläubiger . . . die Eintragung einer Forderung . . . nur dann verlangen, wenn derselbe ausdrücklich enthält, daß wegen der Forderung eine Hypothek an einem bestimmten Grundstück bestellt werden soll." Der hier gegebenen Auslegung, wonach durch letztwillige Verfügung ein selbstständiger Hypothektitel für den Legatar geschaffen wird, stimmen bei Heyne, Commentar I. 236, 3; Römer, Pf.R. § 25, 3; Exner, H.R. § 23, 25, dann für das Bayrische Recht Gönner, Comment. I. 218 Lehner, H.R. § 67.

Digitized by Google

norirten, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung des Onerirten zur Hypothekbestellung [7].

2. Nach den Preußischen Grundbuchgesetzen bildet den Rechtstitel für freiwillige Bestellung einer Hypothek nur die Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers. Diese kann von dem Eigenthümer selbst erklärt, oder es kann auf Grund eines Vorvertrags der eingetragene Eigenthümer zur Ausstellung der Bewilligung verurtheilt werden [8]. Die Bewilligung muß mit Angabe des Schuldgrundes unter Vorlage der Schuldurkunde abgegeben werden [9]. Sie kann unmittelbar bei dem Grundbuchamt oder in einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Urkunde erfolgen [10].

II. In einem Verpfändungsvertrag. Dieser muß nach den Rechten von Nassau [11] und Darmstadt [12] gerichtlich, nach Bayrischem Recht in einer Notariatsurkunde abgeschlossen werden [13]; nach den anderen Rechten bedarf er keiner Form [14].

---

[7] Dernburg, Pr. P.R. I. 288. Dieß ist auch für die oben Note 4 angeführten H.O. anzunehmen, da die Bestimmungen derselben sich auf die Pfandbestellung an den eigenen Sachen des Erblassers beschränken. A. M. Heyne, Comment. I. 236, 3, Römer, Pf.R. § 25, 3 und Exner, H.R. § 23, 25, welche die Bestellung eines Pfandrechts an Sachen des Erben durch den Erblasser mit der an der eigenen Sache des Erblassers gleichstellen wollen.

[8] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 1. 2; Förster Eccius § 198, 17. Ein Vorvertrag über Bestellung einer Hypothek bedarf der Schriftlichkeit Pr. L.R. I. 5. 85; I 20. 103.

[9] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 1.

[10] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 1; Pr. Gr.B.O. § 33.

[11] Nassau Pf.G. § 12. 22; Bertram, Pr.R. § 354.

[12] Darmstadt Pf.G. Art. 29, 1; Müller, Pf.R. § 46, 18.

[13] Nach Ges. 10/11 1861 Art. 14. Nach früherem Recht konnte die Eintragung auf Grund eines vor dem Hypothekenamt mündlich gestellten Antrags des Eigenthümers erfolgen H.G. § 107. Es war dieß indessen nicht mit der in dem Preußischen Recht ausgebildeten einseitigen Bewilligung des Eigenthümers zu identificiren, es wurde vielmehr angenommen, daß die von dem Eigenthümer erklärte Verpfändungsbewilligung von dem Gläubiger stillschweigend acceptirt worden sei Regelsberger, H.R. § 51, 5. Durch Gesetz 29/4 1869 § 60 ist dieß auch für das neuere Recht anerkannt, indem hier ausgesprochen ist, daß die Acceptation der notariell erklärten Verpfändungsbewilligung des Eigenthümers der notariellen Beurkundung nicht bedürfe.

[14] Württemberg Römer, Pf.R. § 25, 5; Sachsen Siegmann, H.R. § 11, 1; Oesterreich Exner, H.R. § 22, 6; Mecklenburg Meibom, H.R. § 14, 7. Es ist dieß schon gemeinrechtlich begründet Windscheid § 230, 1.

Digitized by Google

Dem freiwilligen Rechtstitel der Deutschen H.O. entspricht nach französischem Recht die Conventionalhypothek. Diese kann nur in einer Notariatsurkunde constituirt werden; Hypothekbestellung in einer anderen als einer Notariatsurkunde ist nichtig [15]. Dagegen ist der Vertrag, in welchem die Bestellung einer Hypothek versprochen wird, an eine Form nicht gebunden [16]. Die Urkunde über Bestellung einer Conventionalhypothek muß vor zwei Notaren oder einem Notar und zwei Zeugen aufgenommen sein [17]; doch wird die Verpfändung in einer Privaturkunde, die von dem Schuldner vor einem Notar anerkannt oder bei einem Notar hinterlegt ist, der Verpfändung in einer Notariatsurkunde gleichgestellt [18]. Die Urkunde muß enthalten die genaue Bezeichnung des Gläubigers und Schuldners [19], der Forderung [20] und der Pfandobjekte [21]. Es ist Annahme von Seite des Pfandgläubigers erforderlich, die auch stillschweigend ertheilt werden kann [22]. Pfandbestellung durch letztwillige Verfügung ist dem französischen Recht nicht bekannt.

---

[15] Aubry § 266, 42.

[16] Aubry § 266, 53. Die Klage auf Erfüllung des Vertrags kann zur Begründung einer Judicialhypothek Veranlassung geben Aubry § 266, 54.

[17] C. c. Art. 2127; Zachariä § 266, 15.

[18] Aubry § 266, 43; Puchelt, H.R. § 49, 6.

[19] Nach C. c. 2148 Nr. 1 und 2 kann eine Inskription nur unter der Voraussetzung vollzogen werden, daß die Hypothekenakte Namen Stand und Wohnort des Gläubigers und Schuldners aufführt.

[20] C. c. Art. 2132. Maßgebend sind die oben § 300, 16—22 aufgeführten Grundsätze, namentlich auch hinsichtlich der Fixation in einer bestimmten Summe für Forderungen, die nicht an sich auf eine solche lauten, oben § 300, 20. Die Schuldverschreibung braucht nicht nothwendig in der Vertragsurkunde enthalten zu sein, sie kann in einem besonderen Akt gegeben werden Zachariä § 266, 20; jedenfalls muß aber die Vertragsurkunde den Capitalbetrag, für welchen Hypothek bestellt wird, enthalten C. c. Art. 2148 Nr. 4.

[21] Die Urkunde muß alle Pfandobjekte speciell aufführen C. c. Art. 2129. Dieß gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für die Verpfändung der Gesammtheit der Immobilien des Schuldners, welche nur bei specieller Aufführung der einzelnen giltig vorgenommen werden kann. Gegen die Praxis, welche bei Verpfändung der Liegenschaften, die der Schuldner in einer bestimmten Gemeinde besitzt, die specielle Aufführung der einzelnen nicht für erforderlich hält, erklärt sich Zachariä § 266, 22.

[22] Aubry § 266, 50; Zachariä § 266, 18.

Digitized by Google

§ 305.

IV. Die Eintragung.

Eine Hypothek kann nach Deutschem Hypothekenrecht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch begründet werden, so daß nicht nur die Wirkung gegen Dritte, sondern auch die Begründung des Rechtsverhältnisses unter den Betheiligten von der Eintragung abhängt[1]. Für diese gelten folgende Grundsätze:

I. Regelmäßig setzt die Eintragung einer Hypothek den Antrag eines dazu Berechtigten voraus, jedoch kann nach einzelnen Landesrechten eine solche auch von Amtswegen verfügt werden[2]. Nach Bayrischem Recht ist Eintragung von Amtswegen vorgeschrieben, wenn aus den behufs Eintragung einer Besitzveränderung dem Hypothekenamt vorgelegten Urkunden sich ergibt, daß der Uebergebende sich eine Hypothek für den Kaufschilling oder statt des Kaufschillings sich bestimmte künftige Hinauszahlungen oder Leistungen des Uebernehmers ausbedungen habe[3]. Nach Württembergischem Recht wird der Pfandrechtstitel der eingewiesenen Gläubiger[4], nach Mecklenburgischem Recht werden rückständige Kaufgelder und Erbgelder bei Uebertragung des Grundstücks

---

[1] Pr. E.E.G. § 18; Bayern H.G. § 21; Württemberg Pf.G. Art. 2; Sachsen B.G.B. § 387; Altenburg H.O. § 52; Reuß ä. L. H.O. § 53; Reuß j. L. H.O. § 51; Weimar Pf.G. § 57; Rudolstadt H.O. § 3; Meiningen Pf.G. Art. 9; Anhalt Gr.B.G. § 2. 3; Darmstadt Pf.G. Art. 6; Oesterreich A.B.G.B. § 451. Dadurch sind die gemeinrechtlichen Begründungsarten Vertrag und Gesetz beseitigt und zu Hypothektiteln geworden. Von dem französischen Hypothekenrecht unterscheidet sich das Deutsche Hypothekenrecht darin, daß das letztere immer die Eintragung voraussetzt, und die Wirkung derselben nicht wie das erstere auf die Beziehungen zu Dritten beschränkt, sondern ohne Eintragung ein Pfandrecht überhaupt nicht entstehen läßt.

[2] Es sind hier nur diejenigen Fälle aufzuführen, in welchen die Hypothekenämter als solche die Eintragung von Amtswegen zu vollziehen haben, nicht also diejenigen, in welchen die Eintragung auf Antrag von Behörden erfolgt unten Note 11. 14. 19. Eintragung von Hypotheken von Amtswegen ist sowohl dem Preußischen als dem Oesterreichischen Recht nicht bekannt Dernburg, Pr. P.R. I. § 317; Exner, H.R. § 26, 3.

[3] Bayern H.G. § 99 Nr. 2; Hauptinstruktion § 24; Regelsberger, H.R. § 24, 3.

[4] Pf.G. Art. 44. 206; Hauptinstruktion § 98. 243; Lang, Sachenrecht § 169, 65.

Digitized by Google

von Amtswegen eingetragen[5]. Nach den H.O. von Altenburg und Reuß j. L. haben die Hypothekenbehörden die Eintragung von Amtswegen vorzunehmen der wegen Erstehungsgeldern vorzubehaltenden Hypothek, der auf Grund der Ablösungsgesetze einzutragenden Renten[6], und die Eintragungen, für welche sie in anderweitiger amtlicher Eigenschaft zu sorgen haben[7].

II. Außer diesen Ausnahmefällen setzt die Eintragung einen Antrag voraus; für die Berechtigung dazu gelten folgende Grundsätze: Nach den Preußischen Grundbuchgesetzen und den daraus abgeleiteten Rechten steht die Berechtigung zur Beantragung zu dem Eigenthümer[8] und dem Gläubiger auf Grund der beglaubigten Bewilligung des Eigenthümers[9], sowie auf Grund eines rechtskräftigen, gegen den Eigenthümer ergangenen Erkenntnisses[10], dann den nach dem Gesetz zuständigen Behörden[11]. Nach Bayrischem Recht steht das Recht des Antrags dem Gläubiger und

---

[5] Es gilt dieß nach allen Mecklenburgischen H.O. mit Ausnahme der R.R.H.O. und der Strelitzer D.H.O. Voraussetzung ist, daß die Existenz der Verbindlichkeit durch übereinstimmende Erklärung der Betheiligten festgestellt und die Eintragung nicht vom Gläubiger verbeten ist Meibom, H.R. § 16, 29.

[6] Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 17. b. c.

[7] Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 17a. Dieß hebt auch Sachsen G.O. § 92 hervor.

[8] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 1.

[9] Ob der Gläubiger auf Grund der vorgelegten beglaubigten Bewilligungsurkunde die Eintragung beantragen könne ist bestritten. Gegen die Zulässigkeit erklären sich Bahlmann, G.B.R. 93c und Förster, Pr. P.R. § 198, 17, für dieselbe Achilles Ges. 174b; Turnau, Gr.B.O. I. 277; Förster Eccius § 198, 17; Dernburg, Pr. P.R. I § 319, 5. Die Zulässigkeit ist in Oldenburg E.E.G. § 19, 1 Detmold E.E.G. § 18, 1 und Braunschweig E.E.G. § 27 Nr. 2 ausdrücklich anerkannt.

[10] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 2. Es erstreckt sich dieß namentlich auch auf gesetzliche Hypothektitel, deren Eintragung der Gläubiger, wenn der Schuldner dieselbe nicht freiwillig bewilligt, gerichtlich erzwingen muß, unten Note 31.

[11] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 3. Als zuständig erscheinen in Preußen das Subhastationsgericht, die Gerichtskassenverwaltungen und die Behörden, denen das Recht der Zwangsvollstreckung zusteht Achilles Ges. 178. Nicht mehr zuständig ist nach Preußischem Recht die Obervormundschaftsbehörde Pr. V.O. 5/7 1875 § 32. 58 Achilles Ges. 178, 1, und das Proceßgericht hinsichtlich vollstreckbarer Forderungen Achilles Ges. 178. Ueber die Competenz nach Braunschweigischem Recht vgl. Mansfeld, Gr.B.G. 69 Nr. 4.

Digitized by Google

Schuldner[12] bestimmten im Gesetz bezeichneten dritten Personen[13] und den Gerichten als Vormundschaftsbehörden[14] sowie in allen Fällen zu, in denen ihnen gesetzlich die Verbindlichkeit obliegt, Forderungen bei dem Hypothekenamt anzumelden[15]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. sind zur Antragstellung berechtigt die Betheiligten, nämlich der Gläubiger und der Schuldner[16], nach den Gesetzen von Altenburg und Reuß in den gesetzlich bestimmten Fällen auch Gläubiger und Bürgen eines Schuldners[17]. Nach Württembergischem Recht sind antragsberechtigt der Schuldner und Gläubiger[18], eine den letzteren vertretende öffentliche Behörde[19], und für die Bestellung des Pfandrechts der Ehefrau an den Immobilien des Mannes deren Vater und Vormund[20]. Nach Darmstädtischem Recht sind außer dem Gläubiger und Schuldner berechtigt zum Antrag auf Eintragung einer Hypothek das Vormundschaftsgericht für Eintragung des Hypothektitels der Kinder

---

[12] Regelsberger, H.R. § 24. III. Unter mehreren Mitgläubigern kann jeder einzelne auf die ganze Forderung die Eintragung der Hypothek im Namen aller Mitgläubiger beantragen H.G. § 104, 3.

[13] Es sind dieß die Gläubiger und Bürgen eines Schuldners, dem eine zur Hypothekbestellung berechtigende Forderung zusteht H.G. § 104, 1. 2; die Verwandten minderjähriger Kinder und jeder Dritte auf Eintragung der Hypothek derselben an dem Vermögen der Eltern und des Vormunds H.G. § 104, 4; die Verwandten einer Ehefrau auf Eintragung der Hypothek an den Immobilien des Ehemannes H.G. § 104, 5; Regelsberger H.R. § 24 Nr. 3.

[14] H.G. § 104, 4. 5.

[15] H.G. § 104, 6.

[16] Sachsen G.O. § 92; Altenburg und beide Reuß H.O. § 16. Der gleiche Grundsatz gilt nach Weimar Pf.G. § 226.

[17] Altenburg H.O. § 149; Reuß ä. und j. L. H.O. § 148. Diese in dem Sächsischen H.G. 1843 § 146 befindliche Bestimmung ist in das Sächsische B.G.B. nicht übergegangen.

[18] Württemberg Pf.G. Art. 173.

[19] Es sind dieß die Theilungsbehörden für die Kinder hinsichtlich ihres Anspruchs auf Hypothekbestellung an den Immobilien der Eltern Pf.G. Art. 33—35; Hauptinstruktion § 83—87; die obrigkeitliche Behörde, der die Errichtung des Beibringensinventariums obliegt, auf Bestellung des Unterpfandes der Ehefrau für ihr Beibringen Pf.G. Art. 29, der Aufsichtsbehörden für das Pfandrecht der Minderjährigen am Vermögen der Vormünder und der milden Stiftungen am Vermögen ihrer Verwalter Pf.G. Art. 37; Hauptinstruktion § 88.

[20] Pf.G. Art. 29.

Digitized by Google

am Vermögen der Eltern[21], und der minderjährigen Ehefrau am Vermögen des Ehemannes[22], dann Vater und Mutter und Großeltern der Ehefrau hinsichtlich der Hypothek derselben an den Immobilien des Ehemannes[23]. Nach der H.O. von Rudolstadt sind antragsberechtigt der Gläubiger und Schuldner, dann die Eltern und der Vormund der Ehefrau für Eintragung der gesetzlichen Hypothek derselben[24]. Nach dem Recht von Sachsen-Weimar sind antragsberechtigt der Gläubiger und Schuldner[25], dann Vormünder, Ehemänner und Eltern hinsichtlich der gesetzlichen Pfandrechtstitel der Descendenten und der Ehefrau[26]. Nach Oesterreichischem Recht kann die Einverleibung von dem Gläubiger und Schuldner[27] und von den Bürgen des Gläubigers[28] beantragt werden.

III. Für die Eintragung haben unsere Hypothekenordnungen drei verschiedene Systeme aufgestellt.

1. Das Consensprincip. Nach den Preußischen Grundbuchgesetzen und den daraus abgeleiteten Rechten setzt die Eintragung Bewilligung des Eigenthümers voraus, welche von diesem bei dem Grundbuchamt oder in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde erklärt werden kann[29], oder durch ein richterliches, zur Eintragungsbewilligung verurtheilendes Erkenntniß hergestellt wird[30]. Der Gläubiger, welcher ein Recht auf Eintragungsbewilligung zu haben behauptet, ist, wenn der Schuldner die Bewilligung nicht freiwillig ertheilt, darauf angewiesen, den Rechtsweg zu betreten[31], und kann die Priorität seines Anspruchs

---

[21] Pf.G. Art. 17. 20; Müller, Pf.R. § 43, 3.

[22] Instruktion § 18, 4; Müller, Pf.R. § 43, 9.

[23] Pf.G. Art. 21, 1; Instruktion § 18, 1.

[24] Rudolstadt H.O. § 15.

[25] Weimar Pf.G. § 35.

[26] Weimar Pf.G. § 226.

[27] Die Einverleibung wird regelmäßig von dem Gläubiger nachgesucht, jedoch gilt auch der Schuldner für legitimirt, wenn er die Zustimmung des Gläubigers nachweist Exner, H.R. § 26, 4; Strohal, Eigenthum 31, 10.

[28] Gr.B.G. § 79.

[29] Pr. E.E.G. § 19, 1. In dem letzteren Fall kann der Antrag auf Eintragung auch durch den Gläubiger gestellt werden, oben Note 9.

[30] Pr. E.E.G. § 19, 2; Förster Eccius § 198, 18.

[31] Achilles Ges. 176. Dieß hat namentlich auch bei Geltendmachung

Digitized by Google

dadurch sichern, daß er unter Vermittlung des Proceßrichters eine Vormerkung erwirkt[32]. Die Eintragung der Hypothek erfordert Angabe des Schuldgrundes auf den sie sich stützt, und bei freiwilliger Bestellung Vorlage der Schuldurkunde[33]. Die Bewilligung muß auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, das verpfändete Grundstück bezeichnen, und eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung, den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit, den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung angeben[34]. Einer Prüfung der Rechtsgiltigkeit der Forderung bedarf es nicht[35]. Ueber die Hypothekerrichtung wird, wenn der Gläubiger nicht darauf verzichtet[36], ein Hypothekenbrief ausgestellt[37].

2. Princip der Sachprüfung mit Vernehmung des Eigenthümers. Die hier einschlagenden Gesetze gehen von dem Grundsatz aus, daß, wenn die Bewilligung des Eigenthümers nicht schon vorliegt, diese durch das Verfahren der Hypothekenbehörde zu constatiren ist. Nach Bayrischem Recht setzt

---

eines gesetzlichen Rechtstitels zu geschehen. Nach früherem Preußischem Recht war Zuziehung des Schuldners zur Eintragung eines gesetzlichen Rechtstitels nicht erforderlich Dernburg, Pr. P.R. I. § 320, 3, wie dieß jetzt noch nach den Sächsischen H.O. der Fall ist unten Note 77, was Stobbe ganz übersehen hat, indem er P.R. § 111 Nr. 1 behauptet, daß gesetzliche Rechtstitel entweder auf Antrag oder Bewilligung des Eigenthümers oder zu Folge richterlichen Urtheils eingetragen werden.

[32] Pr. E.E.G. § 22; Förster Eccius § 198, 36.

[33] Pr. E.E.G. § 19, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 318, 6. Der gleiche Grundsatz gilt nach den Mecklenburgischen H.O., welche die accessorische Hypothek beibehalten haben Meibom, H.R. § 17, 10.

[34] Pr. E.E.G. § 23; Förster Eccius § 198, 20.

[35] Pr. Gr.B.O. § 46 Nr. 2. Der gleiche Grundsatz gilt nach den Note 33 aufgeführten Mecklenburgischen H.O. Meibom, H.R. § 17, 11.

[36] Der Gläubiger kann auf die Ausstellung eines Hypothekenbriefs verzichten Pr. Gr.B.O. § 122. Diese wird aber erforderlich, wenn bei einer Post, über welche bisher ein Hypothekenbrief nicht ausgestellt war, eine Veränderung eingetragen werden soll Pr. Gr.B.O. § 129, vgl. unten Note 105. Nach Braunschweig E.E.G. § 27 muß ein Hypothekenbrief immer ausgestellt werden.

[37] Pr. Gr.B.O. § 122. Ueber die rechtliche Bedeutung des Hypothekenbriefs nach Preußischem Recht vgl. Förster Eccius § 198, 48; Dernburg Pr. P.R. § 324, 12 und unten Note 102 folg.

Digitized by Google

jedes Eintragungsgesuch, soweit es nicht von dem Schuldner selbst ausgeht[38], Vernehmung desselben voraus[39], außer bei Eintragungen auf Grund eines richterlichen Urtheils oder gerichtlichen Vergleichs[40], und wenn mit dem Antrag zugleich die Erklärung des Schuldners vorgelegt wird[41]. Das Verfahren ist verschieden, jenachdem eine Vormerkung bewilligt ist oder nicht. In jedem Antrag auf Eintragung einer Hypothek ist der Antrag auf einstweilige Vormerkung stillschweigend enthalten, dieselbe muß daher, wenn sie zuläßig ist, bei Beginn der Instruktion von Amtswegen vorgenommen werden[42]. Voraussetzung der Vormerkung ist, daß der Rechtstitel der Forderung vollständig begründet die Eintragung jedoch wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden Formalität noch nicht zuläßig ist[43], oder daß, da eine Bewilligung des Schuldners noch nicht vorliegt, vor Allem die Vernehmung desselben zu bethätigen ist[44]. Die Vormerkung setzt Bescheinigung der Forderung durch unverdächtige Urkunden voraus[45]. Mit Eintragung der Vormerkung wird dem Schuldner ein Termin zur Erklärung gesetzt[46]; läßt er diesen verstreichen, ohne eine Erklärung abzugeben, so wird nach Ablauf der Frist die Vormerkung in Ein-

---

[38] In diesem Fall genügt bei freiwilliger Hypothekbestellung die Vorlage des betreffenden Dokuments, bei Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Rechtstitels der Antrag, da in diesem die Anerkennung des Rechtstitels ausgesprochen ist Regelsberger, H.R. § 57. A. 2.

[39] H.G. § 109.

[40] Erk. München 10/12 1829 und 30/7 1831 Bl. XIV. 269.

[41] Not.Ges. Art. 15 Graf Commentar IV. 28. Dieß ist bei freiwilliger Hypothekbestellung jetzt der gewöhnliche Fall, da in der Notariatsurkunde, welche jetzt die Grundlage der Eintragung bei freiwilliger Hypothekbestellung zu bilden hat, diese Erklärung des Schuldners enthalten sein muß.

[42] Bayern H.G. § 106; Weimar Pf.G. § 68.

[43] H.G. § 30; Regelsberger, H.R. § 67, 11. 12.

[44] H.G. § 110. Dieß kann jetzt bei Hypothekbestellung auf Grund freiwilliger Disposition nicht mehr vorkommen, da der Antrag darauf nur unter Vorlage der notariellen Verpfändungserklärung des Schuldners gestellt werden kann.

[45] H.G. § 30. Bescheinigung durch andere Beweismittel ist nicht zuläßig Gönner, Commentar I. 325.

[46] Dieser beträgt in den im Gesetz hervorgehobenen Fällen 8 Tage; außerdem hat der Richter den Termin zu bestimmen, er soll aber nicht über 30 Tage betragen.

Digitized by Google

tragung verwandelt[47]. Bewilligt der Schuldner die Eintragung, so wird diese vollzogen; legt er Widerspruch ein, so werden die Interessenten auf den Rechtsweg verwiesen[48]. War eine Vormerkung nicht bewilligt, so kann der Schuldner zur Erklärung nicht angehalten werden[49]. Ueber die Eintragung der Hypothek wird auf Verlangen ein Hypothekenrecognitionsschein[50] und bei freiwilliger Hypothekbestellung ein Schuld- und Hypothekenbrief ausgestellt[51]. Mit dem Bayrischen Recht stimmt das von Sachsen-Weimar in der Hauptsache überein. Auf den von dem Gläubiger gestellten Antrag wird, wenn derselbe geprüft ist[52], der Eigenthümer zur Erklärung aufgefordert[53]. Widerspricht er der Hauptforderung oder dem Pfandrechtstitel, so wird der Antragsteller auf den Rechtsweg verwiesen[54]. Läßt er die Aufforderung zur Erklärung unbeachtet, so wird ihm eine dreißigtägige Frist zur Erklärung gesetzt[55]. Läßt er diese fruchtlos verstreichen, so wird die Eintragung vollzogen bei einem gesetzlichen Pfandrechtstitel, wenn Grund und Betrag der Forderung durch eine öffentliche Urkunde außer Zweifel gesetzt sind[56], bei einem freiwilligen Pfandrechtstitel, wenn Grund und Betrag der Forderung nebst dem Pfandrechtstitel durch eine gerichtliche oder Notariatsurkunde nachgewiesen ist[57]. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wird eine Vormerkung verfügt, und der Eigenthümer davon verständigt[58]. Der Antragsteller wird darauf auf Antrag des Eigen-

---

[47] H.G. § 111.

[48] H.G. § 112.

[49] Die von Lehner, H.A.O. § 114 aufgestellte Ansicht, daß der Schuldner durch Geldstrafen zur Erklärung angehalten werden könne, ist im Gesetz nicht begründet.

[50] H.G. § 115; Regelsberger, H.R. § 21, 3.

[51] H.G. § 115. Ueber die Gestaltung nach neuerem Recht vgl. Regelsberger, H.R. § 21, 6.

[52] Die Punkte, auf die sich die Prüfung zu erstrecken hat, sind Pf.G. § 231 aufgeführt.

[53] Pf.G. § 240.

[54] Pf.G. § 233. 234.

[55] Pf.G. § 240.

[56] Pf.G. § 241 Nr. 1.

[57] Pf.G. § 241 Nr. 2.

[58] Pf.G. § 241.

[59] Pf.G. § 298.

Digitized by Google

thümers oder von Amtswegen beauftragt, binnen einer angemessenen Frist das Hinderniß der Eintragung zu beseitigen, oder wenn dieses dem Pfandschuldner obliegen sollte, binnen 30 Tagen klagend gegen diesen aufzutreten. Kommt er diesem Auftrag nicht nach, so wird die Vormerkung gelöscht[60]. Steht der Bestellung der Hypothek nichts im Weg, so hat die Behörde die Confirmation zu ertheilen und die Eintragung zu beschließen[61]. Die Confirmation ist stillschweigend durch Verfügung der Eintragung ertheilt[62]. Nach Württembergischem Recht ist auf den Antrag auf Eintragung immer die Vorladung des Schuldners zu verfügen, auch wenn dieser selbst den Antrag gestellt hat[63], und es wird dabei in folgender Weise verfahren: Erhebt der Schuldner keine Einwendung, so wird zur Eintragung geschritten[64]. Erhebt der Schuldner Einwendungen, so wird, wenn er die Forderung oder den Pfandrechtstitel bestreitet, der Gläubiger auf den Rechtsweg verwiesen[65]; betrifft der Widerspruch das Maaß der Sicherheit, so tritt das gesetzliche Maaß ein[66]; betrifft der Widerspruch die zu verpfändenden Grundstücke, so hat die Unterpfandsbehörde dieselben zu bestimmen[67]. Wird für eine anerkannte Forderung von dem Gläubiger oder einer öffentlichen Behörde ein durch das Gesetz zugesichertes Unterpfandsrecht in Anspruch genommen, von

---

[60] Pf.G. § 300. Die Vormerkung eines Pfandrechts kann auf einseitigen Antrag des Betheiligten sofort verfügt werden, wenn Forderung und Pfandrechtstitel anerkannt oder bescheinigt sind. Widerspricht der davon verständigte Eigenthümer, so hat auf seinen Antrag die Unterpfandsbehörde den vorgemerkten Gläubiger zur Klagestellung binnen 30 Tagen bei Vermeidung der Löschung der Vormerkung aufzufordern Pf.G. § 280. 299.

[61] Pf.G. § 253. Die Confirmation war nach dem älteren Sächsischen Recht bei der Bestellung ausdrücklicher Hypotheken allgemein vorgeschrieben Heyne, Commentar I. 56. Dieser Grundsatz ist, soviel ich weiß, nur im Weimarischen Pfandgesetz erhalten, in den anderen Sächsischen H.O. ausdrücklich beseitigt und durch die Prüfung des Rechtstitels ersetzt. Vgl. unten Note 75.

[62] Pf.G. § 252.

[63] Pf.G. Art. 173, 2; Römer, Pf.R. § 37. I.

[64] Römer, Pf.R. § 37. I.

[65] Pf.G. Art. 195. 196. Jedoch wird, wenn der Anspruch bescheinigt ist, eine Vormerkung der Forderung vorgenommen Lang, Sachenrecht § 175, 16.

[66] Pf.G. Art. 178.

[67] Pf.G. Art. 179.

Digitized by Google

dem Schuldner aber die Verpflichtung zur Bestellung eines Unterpfandes widersprochen, so kann, wenn die Anwendung des Gesetzes keinem Zweifel unterliegt, die Bestellung des Unterpfandes nach Auswahl der Unterpfandsbehörde auch ohne Beistimmung des Schuldners und ohne richterliches Erkenntniß vor sich gehen [68]. Erklärt sich der Schuldner auf den ihm mitgetheilten Verpfändungsantrag trotz zweimaliger Aufforderung nicht, so kann die Eintragung vorgenommen werden, wenn die Bestellung eines auf einem gesetzlichen Rechtstitel beruhenden Unterpfandes entweder durch eine öffentliche Behörde verlangt oder mittelst Vorlegung einer öffentlichen Urkunde in Anspruch genommen wird, auch Grund und Betrag der Forderung außer Zweifel sind, oder wenn ein auf Erklärung des Privatwillens beruhendes Unterpfandrecht durch eine öffentliche Urkunde, welche den Grund und die Summe der Forderung nebst dem Pfandrechtstitel beweist, geltend gemacht wird [69]. Die Bestellung des Unterpfandes geschieht durch Eintragung in das Unterpfandsbuch nach vorgängigem obrigkeitlichem Erkenntniß über die rechtliche Zulässigkeit der Unterpfandsbestellung, und es ist immer auf Verlangen des Gläubigers wenn die Forderung auf einem Vertrag beruht auch unaufgefordert ein Pfandschein auszustellen [71]. Nach dem Gr.B.G. von Meiningen wird die Eintragung sofort vollzogen wenn der Schuldner sie beantragt [72]. Der Gläubiger muß den Rechtstitel nachweisen, welcher amtlich geprüft wird [73]. Fehlt bei vollständig erwiesenem Rechtstitel nur noch die Zustimmung des passiv Betheiligten, so ist derselbe mit Einräumung einer

---

[68] Pf.G. Art. 198.

[69] Pf.G. Art. 199.

[70] Pf.G. Art. 47; Lang, Sachenrecht § 175. IV.

[71] Pf.G. Art. 192; Römer, Pf.R. § 38, 10; Lang, Sachenrecht § 176. II. Dem Württembergischen Recht eigenthümlich ist der Informationspfandschein oder Unterpfandszettel, der nur der Entwurf eines Pfandscheines ist, und den Zweck hat, dem Eigenthümer, der ein Darlehen sucht, einen Ausweis über die Sicherheit des aufzunehmenden Darlehens zu gewähren Pf.G. Art. 174; Römer, Pf.R. § 38, 12; Lang, Sachenrecht § 176. I.

[72] Meiningen Gr.B.G. Art. 26.

[73] Meiningen Gr.B.G. Art. 25. Diese Sachprüfung wird in derselben Weise angestellt wie die nach früherem Recht bei gerichtlicher Confirmation der Hypotheken vorgeschriebene. Vgl. über diese Heyne, Commentar I. 55.

Digitized by Google

Frist von 14—30 Tagen zur Erklärung aufzufordern. Erfolgt innerhalb derselben eine zustimmende Erklärung nicht, so ist mit der Eintragung vorzuschreiten[74].

3. *Princip des urkundlichen Nachweises des Rechtstitels.* Nach Sächsischem Recht[75] setzt die Eintragung einer Hypothek die urkundliche Nachweisung und richterliche Prüfung des Rechtstitels voraus[76]. Für Eintragungen auf Grund eines gesetzlichen Rechtstitels ist weder Nachweis der Zustimmung des Eigenthümers noch Vernehmung desselben erforderlich, sie erfolgt, wenn der Titel urkundlich erwiesen ist; der Eigenthümer hat zur Geltendmachung seines Widerspruchs den Rechtsweg zu betreten[77]. Bei freiwilligen Rechtstiteln muß die Zustimmung des Eigenthümers urkundlich nachgewiesen werden[78]. Ueber die

---

[74] Meiningen Gr.B.G. Art. 27.

[75] Es ist dieß an die Stelle der in dem früheren Sächsischen Recht begründeten Confirmation getreten, so daß jetzt die Eintragung die Confirmation ersetzt. Die letztere erfolgte, wenn nach angestellter Sachprüfung der Rechtstitel zur Eintragung als vollständig begründet angesehen werden konnte. Dieß ist als Voraussetzung auch in dem neueren Recht erhalten, vgl. Motive zu H.G. 1843 § 7, und es ist daher G.O. § 170 ausgesprochen, daß mit jedem Antrag auf Eintragung in das Grundbuch die Nachweisung des Rechtsgrunds durch Urkunden zu verbinden ist, welche die thatsächliche Begründung des Antrags voll beweisen. Auf demselben Standpunkt stehen Altenburg H.O. § 7 und 145; Reuß ä. und j. L. H.O. § 7 und 144; Rudolstadt H.O. § 58 und Anhalt Gr.B.G. 1877 § 2. Das nicht mehr in Geltung stehende Gothaische Gesetz 1854 § 16, 27, welches Stobbe § 110, 7 als Beispiel der Confirmation anführt, war nur eines der Sächsischen Gesetze, welches die früher allgemein vorgeschriebene Confirmation zum Ausdruck brachte. Erhalten ist diese Form jetzt nur noch in dem Weimarischen Pfandgesetz § 253 oben Note 61.

[76] Sachsen G.O. § 169. 170; Altenburg H.O. § 145; Reuß ä. und j. L. H.O. § 144; Rudolstadt H.O. § 58. 62.

[77] Sachsen B.G.B. § 397; Altenburg H.O. § 44; Reuß ä. L. H.O. § 46; Reuß j. L. H.O. § 43; Anhalt Gr.B.G. § 23, 2c. Nach Rudolstadt H.O. § 50 ist dieß der Fall nur wenn der gesetzliche Hypothektitel durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Ist dieß nicht der Fall, so muß der Schuldner vor der Eintragung vernommen werden; es wird ihm eine Frist gesetzt, nach deren Ablauf er als zustimmend angenommen wird.

[78] Sachsen B.G.B. § 398; Siegmann, H.R. § 11; Altenburg H.O. § 46. 47; Reuß, ä. L. H.O. § 47. 48; Reuß j. L. H.O. § 45. 46; Anhalt Gr.B.G. § 23, 2a; Rudolstadt H.O. § 25. Die auf Grund der Bestimmung Sachsen B.G.B. § 398: „eine auf Bestellung einer Hypothek gerichtete Willenserklärung

Digitized by Google

Eintragung wird dem Gläubiger, wenn er nicht ablehnt, unverlangt ein Hypothekenbrief ausgestellt[79]. Vor jeder Einschreibung einer Forderung in das Grundbuch ist der Eigenthümer, wenn er nicht selbst den Antrag gestellt hat, zu benachrichtigen[80]. Ist eine Forderung und der Rechtsgrund zur Eintragung durch unverdächtige Urkunden bescheinigt, die Eintragung aber wegen eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels auszusetzen, so kann die Forderung in dem Hypothekenbuch vorgemerkt werden[81]. Es liegt dabei dem Schuldner ob, die weiteren Schritte zu thun, um den Gläubiger zur Beibringung des Fehlenden bei Vermeidung der Löschung der Vormerkung zu veranlassen[82]. Nach Hessen-Darmstädtischem Recht ist über gesetzliche Hypothektitel nach vorgängiger Sachuntersuchung von dem zuständigen Landgericht eine Urkunde aufzunehmen[83]. Freiwillige Hypothektitel bedürfen der amtlichen Bestätigung[84]. Die Einschreibung erfolgt auf Verfügung des Landgerichts durch das Ortsgericht[85]. Ist von Seite des betreibenden Gläubigers der Rechtstitel bescheinigt, so kann, wenn der definitiven Eintragung noch Hindernisse entgegenstehen, eine Vormerkung verfügt werden[86]. Nach Oesterreichischem Recht erfolgt die Bestellung durch Einverleibung auf das Gesuch des Erwerbers[87], welches

---

ist, wenn sie von dem Eigenthümer des Grundstücks ausgeht, ein Rechtsgrund zur Eintragung"; von Siebenhaar, Lehrbuch 383, 2 und Rudolph, Accessorische Hypothek A. LXVII. 297 vertretene Meinung, daß das Sächsische B.G.B. eine Consenshypothek in dem oben Note 29 folg. angeführten Sinn anerkenne, scheint mir nach dem Note 75 Angeführten nicht begründet.

[79] Sachsen G.O. § 185; Altenburg H.O. § 193; Reuß ä. und j. L. H.O. § 192; Rudolstadt H.O. § 71; Anhalt Gr.B.G. § 25.

[80] Sachsen G.O. § 192; Altenburg und beide Reuß H.O. § 25; Rudolstadt H.O. § 61; Anhalt Gr.B.G. § 25.

[81] Sachsen B.G.B. § 404—407; Altenburg und Reuß ä. L. H.O. § 54; Rudolstadt H.O. § 70.

[82] Sachsen B.G.B. § 407; Rudolstadt H.O. § 70.

[83] L.G. Instruktion § 6; Müller, Pf.R. § 45, 5.

[84] Pf.G. Art. 29, 1; Müller, Pf.R. § 46, 18.

[85] Müller, Pf.R. § 49.

[86] Pf.G. Art. 43; Müller, Pf.R. § 50. Vgl. oben § 222, 67 f.

[87] Das Gesuch kann auch von dem Schuldner ausgehen, wenn er die Zustimmung des Gläubigers nachweist, oben Note 27.

Digitized by Google

in einer öffentlichen[88] oder einer Privaturkunde[89] niedergelegt wird, und den Rechtsgrund[90] sowie die Intabulationsklausel[91] enthalten muß. Die Eintragung erfolgt, wenn das Gesuch den Behelfen desselben und dem Grundbuchstand entspricht, und die Handlungsfähigkeit der Partheien keinem Zweifel unterliegt[92], ohne weitere Partheiverhandlung aus Auftrag des Grundbuchgerichts[93].

IV. Mit der Eintragung ist das Recht der Hypothek entstanden[94], und der Gläubiger kann die Rechte daraus geltend machen[95]. Ueber die Eintragung wird nach den meisten Rechten[96] ein Hypothekenbrief ausgestellt, nach einzelnen Rechten in allen Fällen[97], nach Preußischem[98] und Sächsischem Recht[99], wenn

---

[88] Die dazu geeigneten öffentlichen Urkunden sind Gr.B.G. § 33 aufgeführt. Vgl. darüber Exner, H.R. § 26, 17—20.

[89] Gr.B.G. § 31. 32 gestattet ausdrücklich die Einverleibung auf Grund von Privaturkunden, bei welchen die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt sind. Es ist nicht richtig, wenn Stobbe, P.R. § 111, 7 behauptet, nach Oesterreichischem Recht sei zur Einverleibung eine gerichtliche oder notarielle Urkunde erforderlich.

[90] Gr.B.G. § 26; Exner, H.R. § 26, 13. Die Forderung muß in der für sie gesetzlich vorgeschriebenen Form nachgewiesen sein, und es erstreckt sich die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters Gr.B.G. § 26 Exner, H.R. 124 auf dieses Erforderniß. In eine materielle Prüfung des angegebenen Rechtsgrundes hat der Grundbuchrichter nicht einzugehen Exner, H.R. § 19, 2. Es ist dieß schon dem älteren Recht angehörig und beruht dieser Rechtssatz auf Hofdekret 15/6 1816.

[91] Gr.B.G. § 32b. Dieß ist die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht beschränkt belastet oder auf eine andere Person übertragen werden soll, daß er in die Einverleibung willige Exner, H.R. § 26, 22. Diese wird, wie in Privaturkunden, so auch in öffentlichen Urkunden vorausgesetzt Gr.B.G. § 33 a.

[92] Gr.B.G. § 94; Exner, H.R. § 26 Nr. 3.

[93] Exner, H.R. § 26. 45.

[94] Die oben Note 1 citirten Gesetze sprechen zugleich diesen Rechtssatz aus.

[95] Es gilt dieß auch nach Preußischem Recht Pr. E.E.G. § 18. Indessen ist nach Preußischem Recht da, wo ein Hypothekenbrief ausgefertigt ist, die Geltendmachung der Rechte aus der Hypothek von der Aushändigung des Briefs an den Gläubiger abhängig, unten Note 108.

[96] Nach Hessen-Darmstadt Ges. 19/1 1859 Art. 1 wird die Eintragung auf der Hypothekurkunde bestätigt, und diese den Interessenten hinausgegeben. Auch das Oesterreichische Recht kennt keinen Hypothekenbrief Exner, H.R. § 32.

[97] Es sind dieß Braunschweig Gr.B.O. § 34; Mecklenburg nach allen

Digitized by Google

nicht darauf verzichtet wird, nach den Rechten von Bayern [100] und Württemberg [101] nur auf Antrag. Die rechtliche Bedeutung des Hypothekenbriefs ist nach Preußischem Recht eine andere als nach den anderen Rechten [102]. Nach Preußischem Recht [103] ist der Hypothekenbrief, wenn ein solcher ausgestellt ist [104], nicht bloß Beweismittel für die Eintragung der Hypothek, sondern er dient zugleich zur Sicherung des Gläubigers, da ohne Vorlage des Hypothekenbriefs und Eintragung auf demselben eine Veränderung oder Löschung in Beziehung auf die betreffende Post im Hypothekenbuch nicht eingetragen werden darf [105]. Ebenso dient er,

---

H.O. Meibom, H.R. § 19, 1; Anhalt Ges. 13/4 1870 § 15; Rudolstadt H.O. § 71.

[98] Pr. Gr.B.O. § 122. Damit übereinstimmend Oldenburg Gr.B.O. § 101; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 97; Detmold Gr.B.O. § 104; Sondershausen Gr.B.O. § 101. In Preußen wurde dieser Grundsatz erst durch das Gesetz 24/5 1853 anerkannt. Nach der H.O. von 1783 mußte ein Hypothekenbrief immer ausgefertigt werden.

[99] Sachsen G.O. § 185; Altenburg H.O. § 193; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 192.

[100] Bayern H.G. § 115. 170. Dasselbe bestimmt Weimar Pf.G. § 260. In Bayern sind die Hypothekenbriefe jetzt fast allgemein durch die Schuld- und Hypothekenbriefe ersetzt Regelsberger, H.R. § 21, 5.

[101] Württemberg Pf.G. Art. 191. Beruht die Forderung auf einem Vertrag, so muß der Pfandschein unaufgefordert ausgestellt werden.

[102] Nach Stobbe, P.R. § 111, 22 ist der Hypothekenbrief lediglich Beweismittel. Die nachfolgende Darstellung ergibt die Unrichtigkeit dieser Behauptung für das Preußische Recht und die daraus abgeleiteten Note 103 aufgeführten Rechte.

[103] Mit dem Preußischen Recht stimmen die daraus abgeleiteten Rechte von Oldenburg, Coburg, Braunschweig, Detmold, Schaumburg und Sondershausen in dieser Frage überein. In der Hauptsache finden die für den Hypothekenbrief des Preußischen Rechts geltenden Grundsätze auch auf die Hypothekenscheine des Mecklenburgischen Rechts Anwendung Meibom, H.R. § 19.

[104] Nach Pr. Gr.B.O. § 122 kann auf die Ausstellung eines Hypothekenbriefs verzichtet werden. Indessen ist auch, wenn über eine Post ein Hypothekenbrief nicht ausgestellt ist, die nachträgliche Ausstellung erforderlich, wenn eine Veränderung derselben eingetragen werden soll. Ueber die Veränderungen, welche dazu Veranlassung geben, vgl. unten Note 105.

[105] Pr. Gr.B.O. § 129. Die Bestimmung ist angenommen Oldenburg Gr.B.O. § 108; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 104; Detmold Gr.B.O. § 111; Sondershausen Gr.B.O. § 106. Es muß daher, wenn ein Hypothekenbrief nicht ausgestellt war, erst die Bildung eines solchen erfolgen, ehe die Verän-

Digitized by Google

insoferne er ausgestellt ist, zur Legitimation des Gläubigers bei Geltendmachung der Post, der ohne Vorlage desselben die Zahlung nicht erwirken kann [106], sowie auch der Cessionar nur durch Uebergabe des Hypothekenbriefs legitimirt wird [107]. Nach Preussischem Recht wird der Hypothekenbrief dem Eigenthümer ausgehändigt, der ihn dem Gläubiger zu übergeben hat [108], worauf diesem ein Klagerecht zusteht [109]. Bei Verlust des Hypothekenbriefs steht dem Gläubiger das Recht zu, nach vorgängigem Aufgebot die Kraftloserklärung des verlorenen Dokuments und Ausstellung eines neuen Hypothekenbriefs zu beantragen [110]; ebenso kann der Grundeigenthümer um die Löschung der Post oder seine Succession in dieselbe zu bethätigen, nach vorgängigem Aufgebot die Kraftloserklärung des verlorenen Instruments erwirken [111].

---

derung im Hypothekenbuch eingetragen werden darf Pr. Gr.B.O. § 129, 2. Diese dem Preußischen Recht eigenthümliche Bestimmung ist altpreußisches Recht, da sie sich schon in der H.O. von 1783 findet Heyne, Commentar II. 153. Zu den Veränderungen, welche hiernach auf dem Hypothekenbrief eingetragen werden müssen, gehören alle diejenigen, welche nach Gr.B.O. § 12 in der zweiten Hauptspalte eingetragen werden müssen Achilles Ges. 473 Nr. 1. Es gehören dahin namentlich Cessionen, Verpfändungen und Prioritätseinräumungen, Uebergang auf Erben und Vermächtnißnehmer, Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld, Arreste auf eine Post, Ueberweisungen im Weg der Exekution Achilles Ges. 349. Ob auch Zinserhöhung ist bestritten; dagegen erklärt sich Achilles Ges. 474. Nach einer andern Ansicht sollen unter Veränderungen, deren Eintragung die Bildung eines Hypothekenbriefs erforderlich machen, nur Cessionen, Verpfändungen und Prioritätsabtretungen zu verstehen sein Turnau, Gr.B.O. I. 385; Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 4.

[106] Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 14. Es beruht dieß darauf, daß nach Preußischem Recht der Schuldner nur gegen Rückgabe des Hypothekenbriefs Zahlung zu leisten verbunden ist. Ebenso kann die Löschung einer Post nur unter Vorlage des Hypothekenbriefs eingetragen werden Gr.B.O. § 94.

[107] Erk. O.Tr. 19/12 1877 Entsch. 81. 25; Achilles Ges. 288; Bahlmann, Gr.B.O. 201; Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 5. Allgemein schreiben für die Giltigkeit der Cession Uebergabe des Hypothekenbriefs vor Braunschweig E.E.G. § 55; Anhalt Pf.G. § 55.

[108] Pr. Gr.B.O. § 122. Dem Gläubiger wird der Hypothekenbrief nur auf ausdrücklichen Antrag des Eigenthümers ausgehändigt Achilles Ges. 470, 7.

[109] Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 16.

[110] Pr. Gr.B.O. § 111.

[111] Pr. Gr.B.O. § 110; Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 18.

Digitized by Google

Dagegen hat nach den anderen Hypothekengesetzen der Hypothekenbrief nur die Bedeutung eines Beweisdokuments[112].

Mehrere Mecklenburgische Hypothekenordnungen, welche die accessorische Hypothek beibehalten haben, gestatten die Eintragung von Hypotheken auf den Namen des Eigenthümers[113]. Nach Preußischem Recht ist dieß nicht zuläßig[114].

Aeußerlich betrachtet entspricht der Eintragung der Hypothek der Deutschen Hypothekenordnungen die Inskription des französischen Rechts; allein die letztere ist materiell ein ganz anderes Rechtsinstitut, die Inskription ist nicht die Voraussetzung der Entstehung der Hypothek, sondern sie wahrt für die inskriptionspflichtigen[115] Hypotheken den Vorrang gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners[116], und das Recht der Verfolgung gegen den dritten Besitzer (Singularsuccessor) der Liegenschaft[117]. Nach französischem Rechte sind daher die inskriptionspflichtigen Hypotheken und die Immobiliarprivilegien dem Schuldner und seinen Erben gegenüber nicht durch die Inskription sondern mit Entstehung der Forderung wirksam[118]. Ebenso folgt daraus, daß

---

[112] Vgl. über Württemberg Römer, Pf.R. 162; über Bayern Regelsberger, H.R. § 21. I. C. Auch nach Sächsischem Recht sind die Hypothekenbriefe nur Beweisdokumente G.O. § 185. 189.

[113] Dieß ist für den Bereich der Schweriner D. H.O. durch V. 8/4 1869 und für die H.O. des Rostocker Territoriums durch V. 22/3 1865 § IV ausgesprochen Meibom, H.R. § 18, 12. 13.

[114] Nach Pr. E.E.G. § 27 kann der Eigenthümer nur Grundschulden auf den eigenen Namen eintragen lassen. Auch nach früherem Preußischem Recht war die Eintragung von Hypotheken auf den eigenen Namen des Eigenthümers nicht zuläßig Achilles Ges. 203, was wesentlich zu der Einführung der Grundschuld Veranlassung gegeben hat.

[115] Es sind dieß alle Hypotheken mit Ausnahme der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau und der Bevormundeten. Ebenso sind alle Immobiliarprivilegien inskriptionspflichtig.

[116] C. c. Art. 2106. 2134; Zachariä § 267, 5.

[117] C. c. Art. 2166; Puchelt, H.R. § 81; Zachariä § 280 Nr. 1.

[118] Zachariä § 267, 4. Daher ist die Judiciarhypothek mit Erlaß des Erkenntnisses, die Conventionalhypothek mit Aufnahme der Notariatsurkunden über Bestellung derselben, das Immobiliarprivilegium mit Perfektion des betreffenden Verhältnisses dem Schuldner gegenüber entstanden. Materiell ist diese Entstehung freilich in den meisten Fällen werthlos, weil der Vorzug der inskriptionspflichtigen Hypotheken vor allen Forderungen gegen den Schuldner

Digitized by Google

die Inskription nur auf bereits entstandene Privilegien und Pfandrechte sich beziehen kann [119]. Für die Inskription gelten folgende Grundsätze:

I. Inskriptionspflichtig sind alle Hypotheken [120] mit Ausnahme der gesetzlichen Hypothek der Ehefrau und der Bevormundeten [121]. Für die letzteren ist mit ihrer Entstehung ohne Inskription das Vorzugsrecht gegenüber den andern Gläubigern und das Recht der Verfolgung gegen den dritten Besitzer gegeben [122]. Es ist zwar dem Ehemann sowie dem Vormund zur Pflicht gemacht, die betreffenden Legalhypotheken auf ihren Immobilien inskribiren zu lassen [123], die Unterlassung macht sie jedoch nur schadensersatzpflichtig [124]. Die Inskriptionsfreiheit hört jedoch auf, wenn ein dritter Erwerber das Purgationsverfahren einleitet [125], wenn eine Liegenschaft im Falle der Zwangsversteigerung gerichtlich zugeschlagen wird [126], und bei Expropriation [127], indem in diesen Fällen

---

einschlüßig der chirographarischen von der Inskription bedingt ist, und das Recht der Geltendmachung gegen dritte Erwerber des Immobile nur durch Inskription entsteht.

[119] Zachariä § 267, 3.

[120] C. c. Art. 2134.

[121] C. c. Art. 2135.

[122] Puchelt, H.R. § 53, 2.

[123] C. c. Art. 2136, 1. Sind Ehemann und Vormund säumig, so hat der Staatsanwalt die Inskription zu veranlassen C. c. Art. 2138. Die Inskription des Legalpfandrechts der Bevormundeten hat, wenn sie von dem Vormund versäumt wird, der Gegenvormund bei eigener Verantwortlichkeit zu veranlassen C. c. Art. 2137. Auch die Frau selbst und die Bevormundeten sowie ihre Verwandten können die Inskription beantragen C. c. Art. 2139; Zachariä § 269, 4—12.

[124] C. c. Art. 2136, 2; Zachariä § 269, 6 folg.

[125] Die Betheiligten müssen innerhalb 2 Monaten, nachdem die gesetzliche Bekanntgabe erfolgt ist, die nicht inskribirten Hypotheken inskribiren lassen, außerdem sie erlöschen C. c. Art. 2194. 2195; Zachariä § 295, 13. Vgl. unten § 309, 101.

[126] Daß die Liegenschaft in diesem Fall frei von den nicht inskribirten Legalhypotheken auf den Erwerber übergehe, wird von Zachariä § 269, 25 angenommen, während die französische Rechtsprechung bis in die letzte Zeit annahm, daß diese Legalhypotheken von der Zwangsversteigerung nicht berührt werden. Nach dem Ges. 25/5 1858 hebt die Adjudikation, wenn sie transskribirt ist, alle Hypotheken auf, und die Rechte der Gläubiger gehen auf den Steigerungserlös über Aubry § 269, 25; Puchelt, H.R. § 85, 9.

Digitized by Google

die nichtinskribirten Legalhypotheken der Ehefrau und der Bevormundeten erlöschen. Inskriptionspflichtig sind ferner die Immobiliarprivilegien mit Ausnahme des Privilegiums des Verkäufers und des Darleihers zum Kauf, bei welchem die Wahrung auch mit der Transskription des Titels verbunden werden kann [128].

II. Die Inskription von Privilegien und Hypotheken setzt nach französischem Recht regelmäßig einen Antrag voraus. Eine Ausnahme ist nur begründet für das Privilegium des Verkäufers hinsichtlich des Kaufgeldrückstandes und des Darleihers zum Kauf, welche, wenn bei der Transskription die Forderung aufgeführt ist, von dem Hypothekenbewahrer von Amtswegen in das Unterpfandsbuch einzutragen sind [129]. In allen anderen Fällen erfolgt die Inskription nur auf Antrag. Antragsberechtigt sind der Gläubiger [130], seine Rechtsnachfolger [131] und seine Gläubiger [132], dann bei den Legalhypotheken der Ehefrau und der Bevormundeten die im Gesetz bezeichneten Personen [133].

III. Verfahren bei der Inskription. Der Antragsteller hat dem Hypothekenbewahrer vorzulegen:

1. Für die Inskription von Immobiliarprivilegien, Judicialhypotheken und Conventionalhypotheken die Urschrift oder authentische Ausfertigung des Urtheils oder der Urkunde, welche dem Privilegium oder der Hypothek die Entstehung gibt [134]. Bei Legalhypotheken ist Vorlage einer Urkunde nicht erforderlich, son-

---

[127] Nach dem französischen Ges. 3/5 1841 Art. 17—19, welches in Elsaß-Lothringen Anwendung findet, gehen mit der Enteignung die Forderungen aus den erlöschenden Hypotheken und Privilegien auf die Entschädigungssumme über Puchelt, H.R. § 85, 10. Der gleiche Grundsatz gilt nach den Expropriationsgesetzen von Preußen Bayern und Baden s. oben § 246, 61. Demnach müssen die Legalhypotheken der Ehefrau und der Bevormundeten, wenn sie zur Zeit der Perfektion der Eintragung nicht eingetragen sind, erlöschen.

[128] Vgl. oben § 303, 71 folg.

[129] Vgl. oben § 303, 69 und 73.

[130] Zachariä § 270, 6.

[131] Zachariä § 270, 8. Es gehören dahin die Erben Legatare und Cessionare.

[132] Es folgt dieß aus dem C. c. Art. 1166 ausgesprochenen Grundsatz, daß die Gläubiger alle Rechte ihres Schuldners ausüben können, die nicht höchst persönlich sind Zachariä § 270, 8.

[133] Vgl. oben Note 123.

[134] C. c. Art. 2148.

Digitized by Google

dern es genügt Angabe der Natur des zu wahrenden Rechts [135]. Die betreffenden Urkunden sind bei Judicialhypotheken das zu Grund liegende Urtheil [136], bei Conventionalhypotheken der Verpfändungsvertrag [137], bei Immobiliarprivilegien die durch das Gesetz für die Wahrung derselben bestimmten Urkunden [138]. Der Hypothekenbewahrer hat das Recht, die Vorlage des Titels zu verlangen, und kann, wenn dieß nicht geschieht, die Inskription verweigern [139], er hat aber keine Verpflichtung dazu [140], und ebensowenig die Verpflichtung zu prüfen, ob die vorgelegte Urkunde den gesetzlichen Vorschriften entspreche [141].

2. Der Antragsteller hat dem Hypothekenbewahrer zwei gleichlautende Bordereaux [142] vorzulegen, welche folgenden Inhalt haben müssen:

a. Benennung des Gläubigers nach Namen, Stand und Wohnort [143].

---

[135] C. c. Art. 2153 Nr. 3 die betreffenden Rechtsverhältnisse bedürfen als notorisch keiner Bescheinigung Aubry § 275, 2.

[136] C. c. Art. 2148; Puchelt, § 67, 2.

[137] Vgl. oben § 304, 16.

[138] Diese bestehen bei dem Kaufgelderprivilegium aus dem Kauf- oder Tauschvertrag Puchelt, H.R. § 27, 5, bei dem Privilegium des Darleihers aus der Urkunde über das aufgenommene Darlehen und der Quittung des Käufers über die bewirkte Zahlung oben § 303, 72, bei dem Theilungsprivilegium aus der Urkunde über Erbtheilung, Gemeinschaftstheilung oder Versteigerung Puchelt, H.R. § 28, bei dem Arbeiterprivilegium in den dafür aufzunehmenden Protokollen oben § 303, 80, bei dem Privilegium des Darlehens für Bezahlung der Arbeiter aus den Urkunden über Aufnahme und Verwendung des Darlehens oben § 303, 82, bei dem Absonderungsprivilegium aus einer Urkunde über den Nachweis des Todes des Erblassers und der Legitimation als Erbschaftsgläubiger oder Legatar Puchelt, H.R. § 30, 2.

[139] Puchelt § 67, 3.

[140] Die Inskription ist nicht ungiltig, weil die Urkunde nicht vorgelegt worden ist Zachariä § 277, 2.

[141] Puchelt, H.R. 58, 7 § 67, 6.

[142] Dieß sind summarische Inhaltsangaben für die Eintragung; der eine darf auf die vorgelegte Urkunde selbst geschrieben sein Puchelt, H.R. § 65, 1.

[143] C. c. Art. 2148 Nr. 2, Art. 2153 Nr. 1. Außer dem wirklichen Wohnsitz muß auch ein im Amtsbezirk des Hypothekenbewahrers gewähltes Domicil angegeben werden, was die Bedeutung hat, daß sich der Gläubiger der Gerichtsbarkeit dieses Ortes unterwirft, und daß Zustellungen in der be-

Digitized by Google

b. Benennung des Schuldners nach Namen, Stand und Wohnort [144].

c. Bei Legalhypotheken die Natur der zu conservirenden Rechte [145], bei den andern Hypotheken Datum und Beschaffenheit des Titels der Forderung [146].

d. Bei Legalhypotheken wird der Geldwerth der Forderung nur eingetragen, wenn er fixirt ist; dagegen sind Forderungen, die unbestimmt sind, nicht zu fixiren, und es wird hier eine Summe nicht angegeben [147]. Bei den anderen Hypotheken und den Immobiliarprivilegien wird der im Rechtstitel bezeichnete Betrag der Forderung nach Capital und Accessorien eingetragen [148]. Soweit der Betrag der Haupt- und Nebenverbindlichkeiten nicht fixirt ist, wird bei Conventionalhypotheken von dem Antragsteller die Schätzung seiner Forderung vorgenommen [149]; bei der Judicialhypothek und den Immobiliarprivilegien genügt, wenn Hauptforderung und Zubehör unbestimmt sind, die Angabe worin sie bestehen [150]. Erforderlich ist ferner Angabe der Zeit der Fälligkeit [151].

e. Bei Immobiliarprivilegien und Conventionalhypotheken ist Angabe der Art und Lage der Immobilien, auf welche die Inskription genommen werden soll, erforderlich [152]; für Judicial-

---

treffenden Hypothekensache an diesem Ort ihm gemacht werden können Zachariä § 277, 4; Puchelt, H.R. § 65, 8.

[144] C. c. Art. 2148 Nr. 3 Art. 2153 Nr. 2; Puchelt, H.R. § 66.

[145] C. c. Art. 2153 Nr. 3. Vgl. oben Note 21.

[146] C. c. Art. 2148 Nr. 3. Es wird nicht die Rechtsurkunde inskribirt, sondern nur Datum und Benennung der Urkunde eingetragen Puchelt, H.R. § 67, 4a.

[147] C. c. Art. 2153 Nr. 3; Zachariä § 277, 10; Puchelt, H.R. § 68, 10.

[148] C. c. Art. 2153 Nr. 4; Puchelt, H.R. § 68.

[149] C. c. Art. 2153 Nr. 4. Es wird das C. c. Art. 2132 oben § 300, 20 vorgeschriebene Verfahren eingehalten. Da die Bestimmung des C. c. Art. 2153 Nr. 4 allgemein lautet, so wird von Manchen angenommen, daß sie sich auch auf die Judicialhypothek und die Immobiliarprivilegien erstrecke Aubry § 274, 7; überwiegend wird aber die Bestimmung auf Conventionalhypotheken beschränkt Zachariä § 274, 4; Puchelt, H.R. § 68, 5.

[150] Zachariä § 274, 3; Puchelt, H.R. § 68 nach Note 5.

[151] C. c. Art. 2153 Nr. 4. Es erstreckt sich dieß auf Immobiliarprivilegien die Judicialhypothek und die Conventionalhypothek.

[152] C. c. Art. 2153 Nr. 5; Zacharia § 273, 2. Bei der Conventionalhypothek ergibt sich dieß schon aus den gesetzlichen Vorschriften über den In-

Digitized by Google

hypotheken und Legalhypotheken dagegen gilt dieß nicht, insoferne nicht vertragsmäßig eine Beschränkung auf bestimmte Immobilien festgesetzt ist, vielmehr ergreift die Eintragung auf ein Immobile des Schuldners alle anderen dem Schuldner gehörigen Immobilien desselben im Bezirk des Hypothekenbewahrers [153]. Der Hypothekenbewahrer hat den Inhalt der Bordereaux, wenn diese den formellen Anforderungen des Gesetzes entsprechen, in das Inskriptionsregister einzutragen, und das eine derselben, auf welchem die Vornahme der Inskription zu bekunden ist, dem Antragsteller zurückzugeben [154]. Eine Mitwirkung des Schuldners findet nach französischem Recht nicht statt [155].

Für die Inskription der Immobiliarprivilegien und Conventionalhypotheken gilt das Princip der Specialität in der Art, daß die Inskription nur für diejenigen Immobilien wirkt, für die sie genommen ist [156]. Dagegen erfolgt die Inskription der nicht vertragsmäßig auf bestimmte Immobilien beschränkten Legalhypotheken und Judicialhypotheken für den Bezirk des Hypothekenbewahrers auf ein einziges in demselben befindliches Immobile des Schuldners, wodurch die Inskription als für alle in diesem Bezirk befindlichen gegenwärtigen und künftigen Immobilien des Schuldners vollzogen gilt [157].

---

halt der Verpfändungsurkunde oben § 304, 20; die Immobiliarprivilegien sind schon an sich auf einzelne Immobilien gerichtet.

[153] C. c. Art. 2148 Nr. 5; Zachariä § 273, 4.

[154] C. c. Art. 2150; Puchelt, H.R. § 70.

[155] Puchelt, H.R. § 66, 1. Es ist dieß schon daraus erklärlich, daß der Schuldner an der Inskription, die den Vorrang unter den Gläubigern regelt, und das Recht der Folge gegen dritte Erwerber begründet, gar kein Interesse hat.

[156] C. c. Art. 2129. Art. 2148 Nr. 5a. Eine Ausnahme ist nur begründet bei Ausdehnung der Conventionalhypothek auf künftig zu erwerbende Liegenschaften des Schuldners C. c. Art. 2130. Vgl. oben § 297, 19.

[157] C. c. 2148 Nr. 5b.

Digitized by Google

Abtheilung 3.

Voraussetzung der Errichtung einer Grundschuld.

§ 306.

Die Grundschulden des Preußischen Rechts werden ausschließlich durch Bewilligung des Eigenthümers begründet. Es gibt weder eine Eintragung von Amtswegen [1], noch einen gesetzlichen Titel zur Eintragung [2]. Die Bewilligung kann von dem eingetragenen Eigenthümer beim Grundbuch erklärt oder in einer beglaubigten Urkunde niedergelegt sein, in welchem Fall auch dem Gläubiger die Befugniß die Eintragung zu beantragen zusteht [3]. Der Bewilligung steht die gerichtliche Verurtheilung zur Bestellung einer Grundschuld gleich, auf welche hin der Gläubiger die Eintragung beantragen kann [4]. Die Bewilligung erfolgt ohne Angabe eines Schuldgrundes [5], und muß auf eine bestimmte unveränderliche Summe lauten [6], dann den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit [7] den Anfangstag der Verzinsung und die Bedingungen der Rückzahlung angeben [8]. Die Grundschuld kann zwar nur für einen bestimmten Gläubiger eingetragen werden [9], allein als solchen kann sich der Eigenthümer selbst eintragen lassen, wodurch er das Recht erlangt, über die Grundschuld zu verfügen, und auf dritte Personen die vollen Rechte des Grundschuldgläu-

---

[1] Eintragung von Amtswegen findet nach Preußischem Recht überhaupt nicht statt oben § 305, 2. Die in E.E.G. § 19 Nr. 3 zugelassene Eintragung auf Nachsuchen einer zuständigen Behörde bezieht sich nur auf Hypotheken nicht auf Grundschulden Bahlmann, Gr.B.R. 96 Nr. 4.

[2] Die gesetzlichen Titel zur Eintragung begründen einen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek nicht einer Grundschuld Förster Eccius § 198, 16.

[3] S. die Ausführung oben § 305, 9.

[4] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 2. Eine solche Verurtheilung zur Bewilligung einer Grundschuld erfolgt nur auf Grund einer ausdrücklich dahin eingegangenen Verpflichtung oder einer letztwilligen Verfügung nicht auf Grund eines gesetzlichen Rechtstitels Bahlmann, Gr.B.R. 96 Nr. 3.

[5] Pr. E.E.G. § 19 Nr. 1.

[6] Pr. E.E.G. § 23. Die für Sicherheitshypotheken geltenden Grundsätze finden auf Grundschulden keine Anwendung Förster Eccius § 198 nach Note 24.

[7] Pr. E.E.G. § 23.

[8] Pr. E.E.G. § 23.

[9] Pr. E.E.G. § 23.

Digitized by Google

bigers zu übertragen [10]. Hat er das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers [11]. Ueber die Bestellung der Grundschuld wird ein Grundschuldbrief [12] ausgefertigt, auf dessen Ausstellung nicht verzichtet werden kann [13], und durch dessen Aushändigung der Gläubiger das Verfügungsrecht über die Grundschuld erlangt [14]. Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Eintragung einer Grundschuld erworben hat, kann zur Erhaltung desselben eine Vormerkung eintragen lassen [15]. Eine Hypothek kann durch Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners in eine Grundschuld verwandelt werden, wozu Genehmigung der gleich- und der nacheingetragenen Berechtigten nur erforderlich ist, insoferne sie bereits vor dem 1. Oktober 1872 eingetragen waren [16]. In der Hauptsache auf demselben Standpunkt stehen die H.O. von Hamburg und Lübeck [17], die Mecklenburgische R.R.-H.O [18] und die Mecklenburgische R.St.B.O. [19].

---

[10] Pr. E.E.G. § 27; Förster Eccius § 198, 22.

[11] Pr. E.E.G. § 28.

[12] Nach Mecklenburgischem Recht ein Hypothekenschein Meibom, H.R. § 19.

[13] Pr. Gr.B.O. § 122.

[14] Pr. E.E.G. § 20; Pr. Gr.B.O. § 122; Förster Eccius § 198, 43. Bis zur Aushändigung des Grundschuldbriefs hat die Eintragung die Bedeutung einer Eigenthümergrundschuld Pütter in Magazin IV. 124.

[15] Pr. E.E.G. § 22; Pr. Gr.B.O. § 88; Förster Eccius § 198, 36; vgl. oben § 305, 25.

[16] Pr. E.E.G. § 29. Dieß gilt indessen nur für volle, nicht für Cautionshypotheken, vgl. oben § 301, 15.

[17] Nach Hamburg H.O. § 4 und Lübeck H.O. § 17 setzt die Belastung eines Grundstücks mit Hypothekposten regelmäßig einen von demjenigen, welchem das Grundstück in den Grund- und Hypothekenbüchern zugeschrieben steht, an das Hypothekenbureau gerichteten Antrag oder demselben ertheilten Consens voraus. Nach Hamburg H.O. § 28 und Lübeck H.O. § 29 wird das Recht aus einem Capitalposten durch die Einschreibung in den Hypothekenbüchern erworben. Die Zustimmung des Erwerbers ist zu solchen Einschreibungen nicht erforderlich. Nach Hamburg H.O. § 35 und Lübeck H.O. § 41 ist der Grundeigenthümer befugt, vor oder bei Belastung des Grundstücks mit Hypothekposten sich die Priorität für eine von ihm bestimmte Summe durch Eintragung auf seinen eigenen Namen vorzubehalten.

[18] Nach R.R.H.O. § 16 werden durch die Eintragung keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden vielmehr selbstständige dingliche Belastungen des Gutes existent, und

Digitized by Google

Ueber die juristische Construktion der Eigenthümergrundschuld herrscht Meinungsverschiedenheit. Nach der einen Ansicht ist sie eine unvollendete Grundschuld, die durch Cession an einen Gläubiger zur Vollendung gelangt [20], oder durch Veräußerung des Objekts dem Veräußerer bleibt [21]. Nach der anderen Ansicht ist sie eine vollendete, aber in der Ausübung gelähmte Grundschuld, die erst mit der Abtretung an einen Gläubiger oder Veräußerung des Objekts in Funktion tritt [22]. Nach einer dritten Ansicht ist sie die Ausscheidung eines dem Eigenthümer vorbehaltenen Werththeiles [23].

---

es ist der Antrag auf Eintragung durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalb alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen; auch kann der zeitige Eigenthümer für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen Meibom, H.R. § 13.

[19] Die R.St.B.O. § 19 stimmt mit R.R.H.O. § 16 überein Meibom, H.R. § 13, 1. Die Eintragung auf eigenen Namen, die nach diesem Gesetz nicht statthaft war, ist durch B 21/3 1859 für zuläßig erklärt Meibom, H.R. § 18, 11. Die R.St.B.O. unterscheidet sich nur dadurch von den anderen Gesetzen, daß sie einen gesetzlichen Titel für Eintragung einer Hypothek anerkennt, nämlich der Erbschaftsgläubiger, Vermächtnißnehmer und Universalfideicommissare R.St.B.O. § 12 Nr. 3; Meibom, H.R. § 14, 13.

[20] Dieß ist die Ansicht von Meibom, H.R. § 20, 20; Förster, Gr.B.R. 140; Förster, Pr. P.R. § 198, 22; Stobbe, P.R. § 111 nach Note 28, und auch Förster Eccius § 198, 22 scheint zuzustimmen. Hiernach bringt der Eigenthümer die auf seinen Namen eingetragene Grundschuld durch Cession an einen Dritten zur Entstehung.

[21] Die Eintragung hat nach der Note 20 angeführten Meinung die Bedeutung des Vorbehalts einer Grundschuld, die mit der Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten ins Leben tritt.

[22] Gutachten des O.A.G. Rostock 17/7 1873 bei Johow, Jahrb. V. 255; Buchka, E.E. 96.

[23] Dieß wird von Bremer, Hypothek 37 auf den Vorbehalt eines Werththeils, von Kühnast 55 auf Fixirung eines Theils seiner von Reallasten und Hypotheken ungebundenen Grundrente zurückgeführt. Voß in Behrend, Z. VII. 262, der die Eigenthümergrundschuld als uneigentliche von der eigentlichen in der Hand eines Dritten befindlichen Grundschuld unterscheidet, definirt die erstere als einen zur grundbuchmäßigen Selbstständigkeit erhobenen Inbegriff von Eigenthumsbefugnissen, der zu einem bestimmten Geldwerth veranschlagt und der Verfügung des Eigenthümers in der Form der Grundschuld unterworfen ist.

Digitized by Google

Abschnitt 4.

Umfang des Rechts.

§ 307.

I. Hinsichtlich des Gegenstandes [1].

Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

I. Hinsichtlich des Objekts. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die ganze Sache mit allen ihren Bestandtheilen und Pertinenzen, demnach

1. auf das ganze Grundstück mit allen zur Zeit der Eintragung der Hypothek nicht abgeschriebenen Theilen [2]. Werden später dem ursprünglichen Pfandobjekt Bestandtheile zugeschrieben, so fallen diese in den Pfandnexus [3].

2. Das Pfandrecht erstreckt sich ferner auf die dem Grundstück zugeschriebenen unbeweglichen Pertinenzen und Gerechtigkeiten [4], und die mit dem Grundstück vereinigten beweglichen Pertinenzen [5], solange sie diese Eigenschaft haben [6].

---

[1] Förster Eccius § 199. I; Dernburg, Pr. P.R. I. § 328. 329; Regelsberger, H.R. § 69—72; Lang, Sachenrecht § 180; Müller, Pf.R. § 51—60; Exner, H.R. § 38. 39.

[2] Pr. E.E.G. § 30; Bayern H.G. § 33; Württemberg Pf.G. Art. 49; Hessen Pf.G. Art. 46; Sachsen B.G.B. § 410; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 54; Reuß ä. L. H.O. § 55; Rudolstadt H.O. § 26; Hamburg H.O. § 31 Nr. 11; Oesterreich A.B.G.B. § 457; Exner, H.R. § 38 Nr. 1.

[3] Pr. E.E.G. § 32; Dernburg, Pr. P.R. I. § 328, 5; Sachsen B.G.B. § 410; Regelsberger, H.R. § 69. I.

[4] Pr. E.E.G. § 30, 6; Dernburg, Pr. P.R. § 328, 2; § 329, 6; Bayern H.G. § 33. 34; Regelsberger, H.R. § 71; Sachsen B.G.B. § 410; Hessen Pf.G. § 46. 48; Rudolstadt H.O. § 26; Exner, H.R. § 38. 30. 42.

[5] Pr. E.E.G. § 30, 7; Bayern H.G. § 34; Sachsen B.G.B. § 413; Altenburg H.O. § 68; Reuß ä. und j. L. § 67; Hessen Pf.G. Art. 49; Rudolstadt Pf.G. § 26; Anhalt Pf.G. 18/4 1870 § 33; Exner, H.R. § 38, 33. Nach Württemberg Pf.G. Art. 3 und 51 werden bewegliche Pertinenzen von dem Pfandrecht nur ergriffen, wenn sie ausdrücklich mitverpfändet sind Römer, Pf.R. § 22, 20; Lang, Sachenrecht § 166, 60. Ueber die Bestimmung der Pertinenzqualität für das Hypothekenrecht vgl. oben § 298, 37.

[6] Das Aufhören des Pfandnexus tritt nicht schon mit der Trennung von der Hauptsache ein, sondern mit der Veräußerung. Unsere Hypothekengesetze haben dabei verschiedene Voraussetzungen aufgestellt. Württemberg Pf.G. Art. 3 und 51 setzt nur Aufhören der Zugehörungseigenschaft voraus Römer,

Digitized by Google

3. Das Pfandrecht erstreckt sich auf den Zuwachs, nämlich die natürlichen Zu- und Anwüchse[7], und die auf dem Grundstück errichteten dem Eigenthümer gehörigen Gebäude[8].

4. Früchte. Nach dem Preußischen Grundbuchrecht und den daraus abgeleiteten Gesetzen erstreckt sich das Pfandrecht auf die stehenden und hängenden und die abgesonderten natürlichen Früchte, soweit sie dem Eigenthümer gehören, und auf dem Grundstück noch vorhanden sind[9]; nach mehreren Rechten ist eine Ausnahme gemacht für die dem Pächter zuwachsenden oder ihm gehörigen auf dem Grundstück noch vorhandenen Früchte, die hiernach ihm verbleiben[10]. Nach den anderen Rechten erstreckt sich das Pfandrecht nur auf die nicht abgesonderten natürlichen Früchte, während mit der Absonderung der Pfandnexus aufhört. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt der auf Antrag eines Hypothekgläubigers erfolgten Sequestration oder Zwangsversteigerung, indem von diesem Zeitpunkt an die Früchte auch nach erfolgter Absonderung

---

Pf.R. 119; Lang, Sachenrecht § 166, 69. Bayern H.G. § 35 und Rudolstadt H.O. § 26 spricht den Anspruch gegen den dritten Besitzer, Sachsen B.G.B. § 413; Altenburg H.O. § 68; Reuß ä. und j. L. H.O. § 68; Darmstadt Pf.G. Art. 53; Rudolstadt H.O. § 26 gegen den gutgläubigen Erwerber ab, während Preußen E.E.G. § 30, 7 und Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 33 Veräußerung und Wegschaffen vom Grundstück voraussetzen Dernburg, Pr. P.R. I. § 329, 9. Gegen die Nothwendigkeit des guten Glaubens des Erwerbers erklärt sich Exner, H.R. § 38, 33.

[7] Pr. E.E.G. § 30, 3; Bayern H.G. § 33; Württemberg Pf.G. Art. 49, 2; Altenburg H.O. § 54; Reuß ä. L. H.O. § 55; Reuß j. L. H.O. § 53; Weimar Pf.G. § 85, 1; Hessen Pf.G. Art. 46; Rudolstadt H.O. § 26; Exner, H.R. § 38, 7.

[8] Pr. E.E.G. § 30, 2; Dernburg, Pr. P.R. I. § 329 Nr. 2; Bayern H.G. § 76, 2; Württemberg Pf.G. Art. 125; Römer, Pf.R. § 22, 15; Lang, Sachenrecht § 183, 5; Weimar, Pf.G. § 85; Hessen Pf.G. Art. 46; Exner, H.R. § 38, 15.

[9] Pr. E.E.G. § 30, 4; Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 33.

[10] Oldenburg, E.E.G. § 30; Braunschweig E.E.G. § 35; Sondershausen E.E.G. § 27; Detmold E.E.G. § 30; E.G. für Schleswigholstein § 38; für Hannover § 19; für Neuvorpommern § 15; für Cassel § 18; für Ehrenbreitstein § 7; für Hohenzollern § 6. Nach Württemberg Pf.G. Art. 50 und Hessen Pf.G. Art. 55 können dem Pächter, der in Gemäßheit des Pachtvertrags das Pachtgeld vorausbezahlt hat, die Früchte des laufenden Jahrs nicht entzogen werden. Wird der Angriff des Gutes vor dem Bezug der Früchte verhängt, so ist der Pächter aus dem Erlös des Unterpfandes zu befriedigen.

Digitized by Google

dem Pfandnexus unterworfen bleiben[11]. Die Unzulässigkeit der Veräußerung von nichtabgesonderten Früchten zum Nachtheil der Pfandgläubiger ergibt sich hiernach von selbst[12]. Die Hypothek erstreckt sich ferner auf die juristischen Früchte nach Verhältniß ihrer Fälligkeit[13]. Vorauszahlung ist theils für ganz unwirksam erklärt[14], theils nur für einen bestimmten Zeitpunkt gestattet[15]. Wo der Abschluß eines antichretischen Vertrags über Immobilien mit dinglicher Wirkung zulässig ist[16], bewirkt derselbe eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Früchte[17].

5. Mehrere Rechte dehnen das Unterpfandsrecht auf die anfallenden Versicherungsgelder aus, soweit dieselben nicht zur Wiederaufführung des Gebäudes verwendet werden[18]; nach mehreren Rechten ist dieß ausgeschlossen[19].

---

[11] Bayern H.G. § 33; Regelsberger, H.R. § 70, 7—9; Württemberg Pf.G. Art. 49 Nr. 3; Hessen-Darmstadt Pf.G. Art. 51; Sachsen B.G.B. § 414; Altenburg H.O. § 54; Reuß ä. L. H.O. § 55; Reuß j. L. H.O. § 53; Weimar Pf.G. § 85, 2; Rudolstadt H.O. § 26; Exner, H.R. § 38, 18.

[12] Pr. E.E.G. § 31; Förster Eccius § 199, 14; Hessen Pf.G. Art. 55.

[13] Pr. E.E.G. § 30, 5; Sachsen B.G.B. § 415; Altenburg H.O. § 58; Reuß ä. L. H.O. § 55; Reuß j. L. H.O. § 53; Württemberg Pf.G. Art. 49, 4; Hessen Pf.G. Art. 54; Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 33; Exner, H.R. § 38, 20.

[14] Dieß ist die Stellung des Sächsischen Rechts Heyne, Commentar I. 256; Siegmann, H.R. § 18, 3.

[15] Pr. E.E.G. § 31 (ein Vierteljahr); Hessen Pf.G. Art 55 (das laufende Jahr); Oesterreich A.B.G.B. § 1102 (eine Bestandfrist). Nach Bayern Ges. 18/2 1871 sind bei Zwangsveräußerung Vorausbezahlungen auf den Miethzins nur für die Zeit bis zu dem auf den Uebergang folgenden Ziel rechtswirksam.

[16] Vgl. unten § 309, 3.

[17] Vgl. unten § 309, 4 folg.

[18] Pr. E.E.G. § 30, 8; Weimar Pf.G. § 170; Hamburg H.O. § 31; Anhalt Pf.G. 1870 § 33. In Oesterreich ist dieser Grundsatz nicht gesetzlich ausgesprochen, aber durch die Praxis anerkannt Exner, H.R. § 39, 13. Nach Württemberg Pf.G. Art. 125 und Darmstadt Pf.G. Art. 149. 150 haben die Hypothekgläubiger Anspruch darauf behufs Wiederaufführung des Gebäudes. Nach Weimar Pf.G. § 171 und Rudolstadt H.O. Art. 45 können die Gläubiger den gerichtlichen Verkauf der Brandstätte mit dem Anspruch auf die Entschädigungsgelder beantragen.

[19] Dieß ist namentlich der Fall nach Bayrischem Recht Regelsberger, H.R. § 72, 1, nach Sächsischem Recht Siegmann, H.R. § 40, 5 und nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 25. 27. Die Gläubiger sind nach

Digitized by Google

II. Untheilbarkeit. Der Gläubiger hat Anspruch darauf, daß das Hypothekenobjekt dem Umfang nach unverändert in dem Bestand verbleibe, welchen es zur Zeit der Pfandbestellung nach der Beschreibung im Hypothekenbuch hatte. Der Eigenthümer kann nicht einseitig durch Veräußerung einzelne Bestandtheile des Objekts dem Pfandverband entziehen. Werden Trennstücke veräußert, so werden, wenn nicht die Pfandgläubiger die Entlassung aus dem Pfandverband bewilligen, die Trennstücke mit ihren Lasten auf das neue Grundbuchblatt übertragen[20]. Ausnahmen sind nach einzelnen Hypothekenordnungen begründet bei Ablösung der auf dem Grundstück haftenden Reallasten[21], bei Expropriation, indem hier die Ansprüche der Pfandgläubiger auf die Entschädigungssumme angewiesen werden, und das Objekt frei von Pfandrechten auf den Erwerber übergeht[22], nach Preußischem und Sächsischem Recht, wenn wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit der Forderung oder des abzutretenden Gegenstandes die Einwilligung der Gläubiger durch die zuständige Behörde ergänzt wird[23], dann im Grenzregulirungsverfahren, Arrondirungsverfahren und bei Gemeinheitstheilungen[24]. Auf bewegliche Pertinenzen erstreckt sich dieß nicht, diese werden vielmehr, wenn sie ihm unterworfen waren, durch Veräußerung dem Pfandverband entzogen[25].

III. Deteriorationen. Der Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner keine Dispositionen treffe, durch welche der Werth der Sache dauernd vermindert wird. Bei schuldhafter Werthverminderung durch Vernachläßigung oder Verschlechterung

---

diesen Landesrechten durch Vorschriften der Brandversicherungsordnungen gesichert.

[20] Pr. Gr.B.O. § 65. 66; Bayern H.G. § 40; Regelsberger, H.R. § 69 II. B; Sachsen B.G.B. § 419. 420; Altenburg H.O. § 58—60; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 59—61, s. die nähere Ausführung unten § 309, 15 folg.

[21] Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 5; Römer, Pf.R. § 45, 6; Müller Pf.R. § 54.

[22] Stobbe, P.R. § 112, 28; Regelsberger, H.R. § 69, 10. Vgl. oben § 247, 69.

[23] Pr. Gr.B.O. § 71; Förster Eccius § 199, 11; Sachsen B.G.B. § 419; Altenburg und Reuß ä. L. H.O. § 59; Reuß j. L. H.O. § 58.

[24] Stobbe, P.R. § 112, 29; Regelsberger, H.R. § 69, 9; Müller, Pf.R. § 57—59.

[25] Vgl. oben Note 6.

Digitized by Google

der Sache kann der Gläubiger gerichtliche Sicherungsmaßregeln[26] oder Bestellung einer Ergänzungshypothek beantragen[27]. Nach einzelnen Rechten hat er die Befugniß Heimzahlung vor der Verfallzeit zu fordern[28].

IV. Nach einzelnen Rechten kann der Gläubiger verlangen, daß der Schuldner mit den zu dem Hypothekenobjekt gehörigen Gebäuden der Brandversicherung beitrete[29].

Nach französischem Recht gelten folgende Grundsätze:

I. Wirkungen hinsichtlich des Objekts. Die Immobiliarprivilegien und Hypotheken erstrecken sich:

1. auf das ganze Objekt in allen seinen Theilen[30]. Bei Abtrennung einzelner Theile bleiben sie an diesen unverändert haften[31]. Dagegen fallen Objekte, welche der Eigenthümer nach der Entstehung des Pfandrechts mit dem Pfandobjekt zu einer Einheit verbindet, nicht von selbst unter den Pfandnexus[32];

2. auf die mit dem Grundstück vereinigten beweglichen Pertinenzen, welche als Zubehör des Grundstücks zu betrachten sind[33], solange sie diese Eigenschaft haben[34];

3. auf den Zuwachs[35], nämlich die natürlichen Zu- und Anwüchse[36], und die auf dem Grundstück errichteten Gebäude[37];

---

[26] Diese können in Bestellung einer Caution oder gerichtlicher Sequestration bestehen, vgl. unten 311, 4 f.

[27] Vgl. unten § 311, 5.

[28] Vgl. unten § 311, 7.

[29] Bayern H.G. § 41, 1; Regelsberger, H.R. § 76, 1; Nassau Pf.G. § 6.

[30] C. c. Art. 2114.

[31] Vgl. unten § 309, 84. Der Gläubiger hat jedoch unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf Zahlung vor der Verfallzeit unten § 309, 85.

[32] Aubry § 284, 2.

[33] C. c. Art. 2118 Nr. 2; Art. 2133; Aubry § 284, 3. Es ist bestritten, ob sich dieß auch auf die nach Entstehung der Hypothek zur Zubehör gewordenen Gegenstände erstrecke; überwiegend wird dieß bejaht Zachariä § 258, 10; Aubry § 284, 4; Puchelt, H.R. § 13, 9.

[34] Nach französischem Recht wird angenommen, daß mit der Trennung der beweglichen Pertinenzen von dem Objekt die Unterwerfung unter die Hypothek erlischt, weil C. c. Art. 2119 darauf Anwendung leidet Zachariä § 258, 11; Puchelt, H.R. § 13, 11. Ausgesprochen ist dieß Baden L.R. Art. 2114a.

[35] C. c. Art. 2133.

[36] Dahin gehört namentlich die Alluvion Aubry § 203a.

[37] Aubry § 284, 1; Zachariä § 284, 2.

Digitized by Google

4. auf die Früchte haben nach französischem Recht die Hypothekgläubiger ein dingliches Recht erst von dem Augenblick an, in welchem sie immobiliarisirt sind[38], bis dahin steht dem Eigenthümer die freie Verfügung darüber zu. Er kann sie unter dieser Voraussetzung auch im voraus veräußern[39], und die Hypothekgläubiger sind auf das Recht der Anfechtung[40] und die Maßregeln wegen Verminderung der Sicherheit[41] angewiesen. In der Verpachtung oder Vermiethung ist der Eigenthümer nicht beschränkt, und die Hypothekgläubiger müssen, insoferne er ein bestimmtes Datum hat, den Vertrag ohne Rücksicht auf seine Dauer anerkennen[42].

5. Auf die anfallenden Brandversicherungsgelder haben die Hypothekgläubiger ein Recht nur, wenn dieß im Versicherungsvertrag ausdrücklich ausgemacht ist[43].

II. Untheilbarkeit. Der Eigenthümer kann zwar wie das ganze Pfandobjekt so auch einzelne Theile desselben veräußern[44], allein die veräußerten Theile bleiben dem Pfandnexus unterworfen, und das Pfandrecht kann gegen jeden derselben geltend gemacht werden[45]. Eine Befreiung veräußerter Parcellen von dem Pfandnexus läßt das französische Recht nur durch vertragsmäßige Festsetzung eintreten[46].

III. Deteriorationen. Der Gläubiger kann, wenn das

---

[38] Dieß tritt ein mit Transskription der Zwangsversteigerungsverfügung C. c. Art. 2176; C. de pr. Art. 689. 691; Zachariä § 286, 8; Puchelt, H.R. § 35, 10. Es erstreckt sich dieß auf Civil- wie auf Naturalfrüchte.

[39] Zachariä § 286, 9 nimmt an, daß die Veräußerung der Früchte im Voraus von dem Zeitpunkt der Immobiliarisation derselben für die Zukunft ihre Wirksamkeit verliere. Andere nehmen an, daß dieß nicht eintrete, wenn der Verkauf nach Art. 1328 beweislich und nach Art. 1690 significirt sei Puchelt, H.R. § 35, 10.

[40] C. c. Art. 1167.

[41] C. c. Art. 1188.

[42] C. de pr. Art. 684. 691; Zachariä § 282, 10. Jedoch sind die Gläubiger anticipirte Zahlungen des Pacht- oder Miethgeldes anzuerkennen nicht verbunden Zachariä § 282, 11.

[43] Zachariä § 283, 2.

[44] Vgl. unten § 309, 84.

[45] Puchelt, H.R. § 36, 2.

[46] Puchelt § 36, 1.

Digitized by Google

Pfandobjekt durch schuldhafte Verschlechterung der Sache durch den Eigenthümer eine Werthverminderung erleidet, einen gerichtlichen Einhaltsbefehl oder Sequestration erwirken[47], oder Heimzahlung vor der Verfallzeit fordern[48]. Ist die Werthverminderung durch Zufall herbeigeführt, so hat der Gläubiger Anspruch auf Heimzahlung vor der Verfallzeit, oder auf Ergänzung der Hypothek[49].

---

§ 308.

II. Umfang hinsichtlich der Forderung[1].

Das Pfandobjekt haftet:

I. Für das eingetragene Kapital[2].

II. Die Haftung für die Nebenforderungen ist in folgender Weise geregelt:

1. Zinsen. Hiefür gelten folgende Grundsätze:

a. Nach den Rechten von Preußen[3], Sachsen[4] und meh-

---

[47] Zachariä § 286, 7; Puchelt, H.R. § 35, 9.

[48] C. c. Art. 1188.

[49] C. c. Art. 2131; Zachariä § 266, 27.

[1] Förster Eccius § 199. II; Dernburg, Pr. P.R. I. § 331; Regelsberger, H.R. § 73; Lang, Sachenrecht § 181; Müller, Pf.R. § 61; Meibom, H.R. § 5; Exner, H.R. § 37.

[2] Pr. E.E.G. § 30; Bayern H.G. § 42; Sachsen B.G.B. § 416; Altenburg H.O. § 69; Reuß ä. und j. L. H.O. § 68; Württemberg Pf.G. Art. 53; Darmstadt Pf.G. Art. 72, 1; Weimar Pf.G. § 92; Exner, H.R. § 37 Nr. 1a.

[3] Pr. E.E.G. § 30. Das Objekt haftet für die eingetragenen Zinsen und sonstigen Jahreszahlungen ohne Beschränkung hinsichtlich der Rückstände, die jedoch der Verjährung nach 4 Jahren unterworfen sind Ges. 31/3 1838 § 2 Nr. 5, was auf die gemeinrechtlichen Landestheile ausgedehnt ist Achilles 212. Es gilt dieß auch für eingetragene Verzugszinsen Förster Eccius § 199, 40. Im Fall der Unzulänglichkeit des Kaufgeldes werden bei der Zwangsversteigerung nur zweijährige Zinsrückstände berichtigt Z.V.O. 13/7 1883 § 35, 3.

[4] Sachsen B.G.B. § 416; Altenburg H.O. § 69; Reuß ä. und j. L. H.O. § 68; Rudolstadt H.O. § 28. Die Hypothek erstreckt sich auf die gesetzlichen Zinsen und die Verzugszinsen und die eingetragenen Vertragszinsen. Jedoch tritt im Concurs und bei Unzulänglichkeit des Grundstücks zur Befriedigung außerhalb des Concurses Beschränkung auf dreijährige Rückstände ein Sachsen

Digitized by Google

reren Mecklenburgischen Hypothekenordnungen[5] umfaßt, die Haftung für das Kapital auch die für die Zinsen.

b. Nach Hessen-Darmstädtischem Recht haftet das Hypothekenobjekt für Zinsrückstände nur bis zum vierten Theil des Kapitals[6].

c. Nach den übrigen Hypothekenordnungen ist die Haftung auf bestimmte Jahresrückstände beschränkt, nämlich nach Oesterreichischem Recht auf die von drei Jahren[7], und nach den Rechten von Bayern[8], Württemberg[9], Sachsen-Weimar[10], Hamburg und Lübeck und mehreren Mecklenburgischen Hypothekenordnungen[11] auf die Dauer von zwei Jahren.

B.G.B. § 417; Altenburg H.O. § 71; Reuß ä. L. H.O. § 69; Reuß j. L. H.O. § 70; Rudolstadt H.O. § 28.

[5] Dieß ist der Fall nach der H.O. für ritterschaftliche Landgüter und ritterschaftliche Hintersaßen in Strelitz Meibom, H.R. § 5, 23. Nach den anderen Mecklenburgischen H.O. ist die Haftung beschränkt, unten Note 11.

[6] Hessen Pf.G. Art. 72; Müller, Pf.R. § 61, 3.

[7] Nach Oesterreichischem Recht haftet das Objekt für dreijährige Rückstände an gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen, nicht aber für weitere Rückstände G.B.G. § 17; Exner, H.R. § 37, 19. Für vertragsmäßige Zinsen ist diese Haftung nur gegeben, wenn sie eingetragen sind Gr.B.G. § 14.

[8] Nach Bayrischem H.G. § 43 haftet das Objekt, wenn dem Gläubiger nur der persönlich haftende Schuldner gegenübersteht und andere Hypothekgläubiger nicht vorhanden sind für alle Verzugszinsen und bedungene Zinsen ohne Beschränkung. Concurrirt der Hypothekgläubiger mit anderen, oder steht er einem nicht persönlich haftenden Schuldner gegenüber, so beschränkt sich sein Recht auf die Zinsen des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres, alle übrigen Zinsrückstände stehen den anderen Hypothekkapitalien nach. Für die Zinsrückstände des dritten und vierten Jahres sowie für zweijährige Verzugszinsen hat der Gläubiger indessen einen gesetzlichen Hypothektitel Regelsberger, H.R. § 73. II., vgl. oben § 303, 58.

[9] Nach Württemberg Pf.G. Art. 113 haftet das Hypothekenobjekt bei nicht eingetragenen Zinsen für die bei Ausbruch des Concurses und während des Zwangsvollstreckungsverfahrens laufenden Zinsen Lang, Sachenrecht § 181, 1 und 3. Bei eingetragenen Zinsen haftet das Unterpfand für die Zinsen vom laufenden Jahr und den Zinsrückstand von 2 Jahren Pf.G. Art. 54; Lang, Sachenrecht § 181, 4.

[10] Nach Sachsen-Weimar Pf.G. § 93 erstreckt sich die Haftung des Objekts für eingetragene Zinsen auf zweijährige Rückstände von Erhebung der Schuld- und Pfandklage oder Ausbruch des Concurses an.

[11] Nach Hamburg H.O. § 38 haben zweijährige Zinsrückstände die Prio-

Digitized by Google

d. Die Haftung gilt nach einem Theil der Rechte für vertragsmäßige Zinsen nur wenn sie eingetragen sind [12], nach anderen ist diese Beschränkung nicht gegeben [13]. Einzelne Rechte lassen Eintragung der Verzinslichkeit zinsloser Kapitalien oder Erhöhung des eingetragenen Zinsfußes ohne Zustimmung der nachfolgenden Gläubiger zu [14], während diese sonst erforderlich ist [15].

2. Kosten.

a. Nach den Rechten von Preußen [16], Oesterreich [17], Wei-

---

rität des Capitals, insoferne die Verzinsung 6% nicht übersteigt. Rückständige Renten haben bis zum Betrag von 2 Jahren den Vorrang vor den nachstehenden Posten. Die gleiche Bestimmung hat Lübeck H.O. § 45 für Rückstände des laufenden und vorhergehenden Jahres. Die Mecklenburgischen H.O. mit Ausnahme der Note 5 aufgeführten privilegiren anderthalb bis zweijährige Zinsrückstände Meibom, H.R. § 5. 25—27.

[12] Nach Preußischem Recht erstreckt sich die Haftung auf eingetragene Zinsen aller Art, also auch auf Verzugszinsen wenn sie eingetragen sind Förster Eccius § 199, 40; Achilles 212. Nach Sachsen B.G.B. § 416; Altenburg H.O. § 69; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 68 und Rudolstadt H.O. § 27 haftet das Objekt für gesetzliche und Verzugszinsen ohne Eintragung, für versprochene Zinsen nur bei Eintragung. Nach Weimar Pf.G. § 93 müssen vertragsmäßige Zinsen eingetragen werden. Nach den Mecklenburgischen H.O. haben Verzugszinsen ohne Eintragung dingliche Wirkung Meibom, H.R. § 5. 14, § 21. 31. Nach Oesterreichischem Recht haftet das Hypothekenobjekt für gesetzliche Zinsen ohne Eintragung, für Vertragszinsen nur bei Eintragung Exner, H.R. § 87, 11.

[13] Nach Bayern H.G. § 42. 43 ist die Haftung des Hypothekenobjekts für die Zinsrückstände von der Eintragung nicht bedingt. Es gilt dieß jedoch nur gegenüber dem persönlich haftenden Schuldner und nicht gegenüber anderen concurrirenden Hypothekgläubigern Regelsberger, H.R. § 73, 3. Hessen-Darmstadt Pf.G. Art. 72 spricht die Haftung für Zinsen ohne Verpflichtung zur Eintragung aus. Nach Württemberg Pf.G. Art. 84 haftet das Hypothekenobjekt nur für eingetragene Zinsen. Hamburg H.O. § 32. 38 und Lübeck H.O. § 45 spricht die Haftung für Zinsen aus, ohne des Erfordernisses der Eintragung zu erwähnen.

[14] Pr. E.E.G. § 25; E.G. für Neuvorpommern § 17; für Schleswigholstein § 40; Anhalt Gr.B.G. § 39; Mecklenburgische H.O. Meibom, H.R. § 18. 33; Weimar Pf.G. § 93.

[15] Nassau Stockbuchgesetz § 9; Hessen-Darmstadt Pf.G. § 73.

[16] Pr. E.E.G. § 30. Die Haftung erstreckt sich auf die Kosten der Eintragung, der Kündigung, der Klage und der Beitreibung Förster Eccius § 199, 42.

[17] Gr.B.G. § 16. Die Haftung erstreckt sich auf die Proceß- und Exekutionskosten Exner, H.R. § 37, 1 c.

Digitized by Google

mar[18] und einigen Mecklenburgischen H.O.[19] haben die Kosten die Priorität des Kapitals anzusprechen.

b. Nach Hessen-Darmstädtischem Recht haftet das Objekt für die Kosten der Proceßverfolgung bis zu einem Viertheil über die im Hypothekenbuch für die Hauptforderung eingeschriebene Summe[20].

c. Nach Bayrischem[21] und Württembergischem Recht[22] haftet das Objekt dem Hypothekgläubiger, der mit anderen Hypothekgläubigern nicht concurrirt, für die Kosten, solange der Schuldner dasselbe besitzt; bei Concurrenz mit anderen Hypothekgläubigern sowie gegenüber dem dritten Besitzer hat der Gläubiger nach Bayrischem Recht nur einen gesetzlichen Titel zur Eintragung[23], nach Württembergischem Recht haftet das Objekt nicht[24].

d. Nach Sächsischem Recht haftet das Objekt für die Kosten nur bei Eintragung[25].

e. Nach einzelnen Mecklenburgischen H.O. haftet der Singularsuccessor für die Kosten des Vorgängers nur unter den für Zinsen bestehenden Zeitbeschränkungen, nach anderen haftet er gar nicht[26].

3. Für Conventionalstrafen haftet das Hypothekenobjekt nur wenn sie eingetragen sind[27].

---

[18] Weimar Pf.G. § 94. Die Haftung erstreckt sich auf die durch das Einklagen des Kapitals oder der Zinsen oder durch gerichtliche Verfolgung des Pfandrechts entstehenden Kosten.

[19] Es sind dieß die oben Note 5 aufgeführten Strelitzischen H.O. Meibom, H.R. § 5. 23.

[20] Darmstadt Pf.G. Art. 72 Nr. 2; Müller, Pf.R. 61, 8.

[21] Bayern H.G. § 43. Der Anspruch erstreckt sich auf die wegen Auslagung und Beitreibung entstandenen Streitkosten.

[22] Württemberg Pf.G. Art. 95. Der Anspruch erstreckt sich auf die Kosten für Einklagung der Forderung.

[23] Bayern H.G. § 12 Nr. 11.

[24] Württemberg Pf.G. Art. 55.

[25] Sachsen B.G.B. § 418; Altenburg H.O. § 73; Reuß ä. L. H.O. § 70; Reuß j. L. H.O. § 71. Die Hypothek gilt, wenn eine bestimmte Summe nicht eingetragen ist, im Concurs und außerhalb des Concurses bei Unzulänglichkeit bis zum Betrag von 150 Mark. Die Eintragung schreibt ohne diese Beschränkung vor Rudolstadt H.O. § 27.

[26] Meibom, H.R. § 5. 28.

[27] Regelsberger, H.R. § 73. II; Siegmann, H.R. § 20, 6; Lang, Sa-

Digitized by Google

III. Nach Darmstädtischem Recht[28] und nach dem Recht mehrerer Mecklenburgischen H.O.[29] haftet das Hypothekenobjekt auch für Schadensersatz.

Nach französischem Recht haftet das Hypothekenobjekt

I. für die zu Grund liegende Forderung in ihrem ganzen Umfang[30];

II. für die Nebenforderungen in folgender Weise:

1. Zinsen. Die Zinsen nicht inskriptionspflichtiger Legalhypotheken haben den gleichen Rang wie die Forderung[31]. Für die Zinsen inskribirter Hypotheken[32] hat der Gläubiger im Verhältniß zu anderen Gläubigern[33] wegen zweijähriger Rückstände und der Rückstände des bei Ausbruch der Gant laufenden Jahres die Bezahlung in demselben Rang wie für das Capital anzusprechen[34]. Für die übrigen Rückstände kann er eine besondere Inskription nehmen, deren Datum dann für den Rang entscheidet[35].

2. Für Proceßkosten haftet bei nicht inskriptionspflichtigen

---

chenrecht § 181, 10; Exner, H.R. § 37 nach Note 24. In der Preußischen Praxis ist die Zuläßigkeit der Bestellung einer Hypothek für eine Conventionalstrafe nicht anerkannt; es soll nur die Bestellung einer Cautionshypothek zuläßig sein Erk. Hamm 19/8 1874 Johow IV. 156; Kammergericht 13/11 1877 Johow VII. 224; Achilles Ges. 194. Der gleiche Grundsatz gilt nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 18. 48.

[28] Darmstadt Pf.G. Art. 72, 2; Müller, Pf.R. § 61, 7. Die Haftung beschränkt sich auf ein Viertheil der für die Forderung eingeschriebenen Summe.

[29] R.R.H.O. § 32; D. H.O. § 31; Meibom, H.R. § 5. 20.

[30] Zachariä § 285, 1.

[31] Zachariä § 277, 10; § 285, 8.

[32] Es bezieht sich dieß auf Immobiliarprivilegien nur, soweit sie als Hypotheken eingetragen sind, nicht also auf gewahrte Immobiliarprivilegien Puchelt, H.R. 242.

[33] Soweit nicht die Concurrenz mit andern Gläubigern in Betracht kommt, haftet das Objekt für alle Zinsrückstände Zachariä § 285, 2.

[34] C. c. Art. 2151. Die Bestimmung des Französischen Rechts unterscheidet sich von den oben Note 7—11 aufgeführten Bestimmungen deutscher Hypothekenordnungen darin, daß sie nicht die Rückstände der zwei letzten Jahre seit Eröffnung der Gant sondern Rückstände zweier Jahre seit der Inskription mit dem Capital auf eine Linie stellt Zachariä § 285, 3; Puchelt, H.R. § 74, 15.

[35] C. c. Art. 2151; Zachariä § 285, 7. Es bedarf dazu der Zustimmung des Schuldners nicht Puchelt, H.R. § 74, 27.

Digitized by Google

Legalhypotheken das Objekt in demselben Umfang wie für die Hauptforderung, bei inskribirten Hypotheken nur, wenn Inskription dafür genommen ist [36].

3. Für Conventionalstrafen haftet das Hypothekenobjekt nur wenn sie inskribirt sind [37].

III. Für Schadensersatz haftet das Hypothekenobjekt nur, wenn Inskription dafür genommen ist [38].

Abschnitt 5.

Wirkungen des Pfandrechts.

Abtheilung 1.

Stellung des Eigenthümers [1].

§ 309.

Für die Stellung des Eigenthümers sind nach den Deutschen Hypothekenrechten folgende Grundsätze maßgebend:

I. Gestaltung der Eigenthumsverhältnisse des Hypothekenobjekts. Die Hypothekbestellung hat eine Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen nicht zur Folge. Der Schuldner hat alle in dem Eigenthum liegenden Befugnisse auszuüben, und er ist nur in solchen Maßnahmen beschränkt, durch welche die Pfandgläubiger beeinträchtigt werden würden [2]. Dieß tritt in folgender Weise hervor:

1. Er bleibt im Besitz des Pfandobjekts, und der Gläubiger erhält durch die Verpfändung allein nicht Anspruch auf den Besitz desselben [3]. Eine Ausnahme kann durch vertragsmäßige Ueber-

---

[36] Zachariä § 285, 10.

[37] Puchelt, H.R. § 68, 4.

[38] Zachariä § 285, 11.

[1] Förster Eccius § 194. II; Regelsberger, H.R. § 74; Lang, Sachenrecht § 189; Siegmann, H.R. § 24; Müller, Pf.R. § 63; Exner, H.R. § 33.

[2] Pr. L.R. I. 20. 24; Förster Eccius § 194, 19; Bayern H.G. § 45 Regelsberger, H.R. § 74. I; Sachsen B.G.B. § 375; Altenburg H.O. § 74; Reuß ä. L. H.O. § 71; Reuß j. L. H.O. § 73; Württemberg Pf.G. Art. 93; Darmstadt Pf.G. Art. 77.

[3] Dieß wird von mehreren Hypothekenordnungen hervorgehoben, um den

Digitized by Google

lassung des Besitzes an den Gläubiger zum Behuf der Fruchtnutzung gemacht sein (Antichretischer Vertrag[4]). Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist in einzelnen Hypothekenordnungen ausdrücklich anerkannt[5]. Nach Preußischem Landrecht kann der Eigenthümer vertragsmäßig einem Gläubiger Besitz und Genuß des Hypothekenobjekts einräumen, wobei die Nutzungen des Pfandes dem Gläubiger statt der Zinsen zufallen[6]. Zur Wirksamkeit gegen Dritte bedarf der Vertrag der Eintragung in der zweiten Abtheilung des Grundbuchs[7]. Nach Bayrischem[8] und Oesterreichischem Recht[9] ist der Vertrag für unzulässig erklärt.

2. Der Eigenthümer hat die Befugniß das Objekt zu veräußern. Namentlich hat er

a. die Befugniß zur Veräußerung des Objekts im ganzen. Diese ist durch die hypothekarische Belastung nicht beschränkt[10]; es tritt durch die Veräußerung eine Veränderung in der Stellung

---

Gegensatz gegen das römische Recht zum Ausdruck zu bringen, so Sachsen H.G. 1843 § 80 und daraus abgeleitet Altenburg H.O. § 82; Reuß ä. L. H.O. § 79; Reuß j. L. H.O. § 81: „ein Recht selbst in den Besitz und die Benutzung des Grundstücks gesetzt zu werden hat der hypothekarische Gläubiger nicht."

[4] Vgl. über diesen Dernburg, Pf.R. § 91; Stobbe, P.R. § 111 Nr. 8.

[5] Pr. Gr.B.O. § 12, 2; Hessen Pf.G. § 87 Müller, Pf.R. § 68, 14; Weimar Pf.G. § 125; Mecklenburg R.R.H.O. § 7 Meibom, H.R. § 18, 4.

[6] Pr. L.R. I. 20. 227—237. Die Pr. L.R. I. 20. 227 gegebene Vorschrift, daß der Vertrag richterlich zu bestätigen sei, ist jetzt in Folge der Aufhebung der Wuchergesetze nicht mehr anwendbar Dernburg, Pr. P.R. I. § 339, 10.

[7] Pr. Gr.B.O. § 12.

[8] Nach früherem Recht wurde der Vertrag für zulässig erachtet, obwohl die Bestellung nur die Bedeutung eines Faustpfandrechts hatte Regelsberger, H.R. § 70, 11; nach A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 124 ist derselbe für Immobilien ausdrücklich verboten.

[9] Oesterreich A.B.G.B. § 1372; Exner, H.R. § 32, 2.

[10] Ueber die Frage, inwieferne der Hypothekschuldner sich dem Hypothekgläubiger gegenüber der Veräußerungsbefugniß giltig begeben könne vgl. oben § 236, 37 und Regelsberger, H.R. § 74, 7. Für unwirksam erklären eine solche Uebereinkunft Württemberg Pf.G. Art. 91, 1; Weimar Pf.G. Art. 120; Rudolstadt H.O. § 30. Nach Altenburg H.O. § 75; Reuß ä. L. H.O. § 72; Reuß j. L. H.O. § 74 hat eine solche Uebereinkunft nur die Wirkung, daß die Hypothekenbehörde verpflichtet ist, von der dennoch geschehenen Veräußerung dem Gläubiger Nachricht zu geben.

Digitized by Google

der Pfandgläubiger nicht ein[11], und es ist daher zur Veräußerung die Benachrichtigung oder Zustimmung derselben nicht erforderlich[12]. Eine Ausnahme ist begründet nach Württembergischem Recht, nach welchem bei Veräußerung durch Verkauf, wenn der Erlös nicht zur vollständigen und baaren Befriedigung der Gläubiger ausreicht, diese von dem Verkauf unter Ertheilung einer Frist zur Erklärung zu benachrichtigen sind, wobei sie das Recht haben, insoferne sie den Verkauf nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmigen, die Einleitung einer öffentlichen Versteigerung zu veranlassen[13], und nach Darmstädtischem Recht, nach welchem die Hypothekgläubiger von dem Verkauf durch das Ortsgericht amtlich zu verständigen sind[14].

b. Die Befugniß zur Veräußerung einzelner Bestandtheile des Hypothekenobjekts unterliegt nach Preußischem Recht keiner Beschränkung; das veräußerte Trennstück wird, wenn nicht ein Grund zur Haftentlassung vorliegt, mit den Schulden auf das Grundbuchblatt des Erwerbers übertragen[15]. Nach Württembergischem[16] und Darmstädtischem Recht[17] werden Veräußerungen von Trennstücken so behandelt wie Veräußerungen des ganzen Objekts. Nach Bayrischem Recht soll ohne Einwilligung der Hypothekgläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden; Trennung ohne Einwilligung der Hypothekgläubiger ist aber nicht nichtig, sondern es bleibt das abgetrennte Stück dem bisherigen Hypothekenverband unterworfen, wobei dem Hypothekgläubiger die Befugniß zusteht, seine Rechte wegen schuldhafter

---

[11] Ueber die Frage, wie der neue Erwerber hafte, vgl. unten Note 46 folg.

[12] Bayern H.G. § 45; Regelsberger, H.R. § 74. II. 1; Altenburg H.O. § 74; Reuß ä. L. H.O. § 71; Reuß j. L. H.O. § 73; Weimar Pf.G. § 118; Exner, H.R. § 33, 8.

[13] Pf.G. Art. 128. 203; Pf.E.G. Art. 33; Römer, Pf.R. § 44. II. Nach Pf.G. Art. 94 ist bei Veräußerung durch Verkauf die Hypothek fällig und der Gläubiger kann Befriedigung aus dem Erlös verlangen.

[14] Pf.G. Art. 78; Müller, Pf.R. § 63, 10.

[15] Pr. Gr.B.O. § 65. 66. Soll das Trennstück unbelastet übergehen, so ist Einwilligung der Pfandgläubiger erforderlich. Indeß kann auf ein Unschädlichkeitszeugniß der competenten Behörde das Trennstück ohne Zustimmung derselben lastenfrei übertragen werden Pr. Gr.B.O. § 71.

[16] Lang, Sachenrecht § 194, 20.

[17] Müller, Pf.R. § 63, 3.

Digitized by Google

Werthverminderung des Hypothekenobjekts geltend zu machen [18]. Ausnahmen sind begründet für Ablösung von grundherrlichen Abgaben dann Forst- und Weiderechten [19], bei Expropriation eines Theils des Hypothekenobjekts [20], und bei Erwerbung eines Theils des Hypothekenobjekts durch den Bergwerksbesitzer [21], in welchen Fällen die betreffenden Theile ohne Einwilligung der Hypothekgläubiger aus dem Hypothekenverband entlassen werden. Nach Sächsischem Recht ist zu Grundstücksabtrennungen die Einwilligung der eingetragenen Hypothekgläubiger erforderlich, die jedoch durch die zuständige Behörde ergänzt werden kann, wenn wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit der Forderung oder des abzutrennenden Gegenstandes kein Nachtheil für die Hypothekgläubiger zu besorgen ist. Wird die Einwilligung unter Vorbehalt ertheilt, so können die Gläubiger Eintragung ihrer Hypothek auf dem Folium des Grundstücks, zu welchem das Trennstück zugeschlagen wird, verlangen. Die vorbehaltlos erklärte und die durch die Behörde ergänzte Einwilliguug des Hypothekgläubigers gilt als Verzicht auf das Pfandrecht an dem Trennstück [22]. Nach Oesterreichischem Recht können die Hypothekgläubiger der Trennung widersprechen, wenn das Trennstück einem andern Complex einverleibt oder pfandfrei Gegenstand einer selbstständigen Einlage werden soll. Die Hemmung kann gehoben werden durch Zahlung der Hypothekarsumme, die in diesem Fall auch vor eingetretener Fälligkeit angenommen werden muß, oder durch richterliches Erkenntniß, welches nach gepflogener Verhandlung den Einspruch für unbegründet erklärt. Die Zustimmung der Hypothekengläubiger ist nicht erforderlich, wenn für den getrennten Theil eine bücherliche Einlage eröffnet wird, in der alle auf dem Gut eingetragenen Pfandrechte als Simultanhypotheken bestehen bleiben [23].

---

[18] H.G. § 40; Regelsberger, H.R. § 74. II. 1.

[19] Die Hypothekenrechte gehen hier auf die Ablösungssumme über Regelsberger, H.R. § 69 B, 5.

[20] Expropriationsgesetz 17/11 1837 Art. 11. Die Rechte der Hypothekgläubiger gehen hier auf die Ablösungssumme über Regelsberger, H.R. § 69, 10.

[21] Berggesetz Art. 135; Roth, Bayr. C.R. (1) § 262, 28.

[22] Sachsen B.G.B. § 419. 420; Altenburg H.O. § 58—60; Reuß ä. L. H.O. § 59—61; Reuß j. L. H.O. § 57—59.

[23] Ges. 6/2 1869; Gr.B.G. § 74; Exner, H.R. § 33, 11 f.

Digitized by Google

3. Vertauschung einzelner Bestandtheile des Hypothekenobjekts und Surrogirung durch andere kann an sich nur mit Einwilligung der Pfandgläubiger ausgeübt werden. Ausnahmsweise ist nach Preußischem Recht die Vertauschung einzelner Gutsparcellen gegen andere ohne Einwilligung der Pfandgläubiger für zulässig erklärt, wenn bei landschaftlich beliehenen Gütern die Creditdirektion bei anderen die Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt, daß der Tausch den Pfandgläubigern unschädlich sei (Unschädlichkeitszeugniß)[24]. Bei Gemeinheitstheilungen und Grenzberichtigungen treten die neuen Pertinenzstücke von selbst an die Stelle der eingetauschten[25]. Nach Bayrischem Recht ist Einwilligung der Hypothekgläubiger zur Vertauschung von Theilen angränzender Grundstücke, zur Grenzregulirung[26], zur Ausführung des von der zuständigen Behörde genehmigten Arrondirungsplanes[27] sowie zum Feldesaustausch bei Bergwerken[28] nicht erforderlich, vielmehr gehen die Rechte der Hypothekgläubiger von selbst auf die eingetauschten Parcellen über. Bei Gemeinheitstheilungen kann, wenn die Hypothekgläubiger die Einwilligung zu dem erforderlichen Umtausch der Grundstücke verweigern, der Consens richterlich ergänzt werden[29]. Nach Darmstädtischem Recht können Austauschungen von Parcellen aneinanderstoßender Grundstücke sowie Austauschungen im Arrondirungsverfahren vorgenommen werden, wenn die Sicherheit der betreffenden Pfandgläubiger dadurch nicht beeinträchtigt wird, und es gehen die eingetragenen Hypotheken auf die eingetauschten Parcellen gegenseitig über[30]. Bei Grenzregulirung in Folge richterlicher Entscheidung erstreckt und beschränkt sich die Hypothek nach dem Ergebniß der Grenzberichtigung[31].

4. Der Theilung des Pfandobjekts in mehrere selbstständige

---

[24] Ges. 27/6 1860; Pr. Gr.B.O. § 71.

[25] Pr. L.R. I. 20. 458. 459.

[26] Vermarkungsgesetz 16/5 1868 Art. 5; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 1.

[27] Arrondirungsgesetz 10/11 1861 Art. 6 und 32; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 3.

[28] Berggesetz Art. 62, 4.

[29] H.G. § 37; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 1.

[30] Darmstadt Pf.G. Art. 62; Müller, Pf.R. § 58.

[31] Darmstadt Pf.G. Art. 63; Müller, Pf.R. § 59.

Digitized by Google

Objekte steht vom Standpunkt der Sicherheit der Gläubiger nichts entgegen, da die auf dem ungetheilten Objekt eingetragenen Pfandrechte als Solidarpfandrechte auf die aus der Theilung hervorgegangenen neuen Objekte übergehen. Indessen ist in einzelnen Gesetzen die Theilung von der Zustimmung der Pfandgläubiger abhängig gemacht[32].

5. Der Eigenthümer darf Aenderungen an der Substanz der Sache vornehmen, doch muß er jede Verfügung unterlassen, durch welche der Werth der Sache dauernd vermindert wird, da außerdem dem Gläubiger die Befugniß zusteht, ein gerichtliches Inhibitorum zu erwirken oder Befriedigung vor der Verfallzeit zu verlangen[33].

6. Der Eigenthümer kann das Pfandobjekt mit dauernden Lasten belegen, soweit dadurch die Sicherheit der eingetragenen Gläubiger nicht beeinträchtigt wird, namentlich kann er

a. Nachpfandrechte errichten, ohne daß dazu Einwilligung der voreingetragenen Pfandgläubiger erforderlich wäre[34]. Ein Vertrag, durch welchen sich der Eigenthümer verpflichtet, das Objekt nicht mit weiteren Pfandrechten zu belasten, ist in mehreren Hypothekengesetzen für ungiltig erklärt[35]. Nach Bayrischem Recht ist der Vertrag nur für die Hypothekbestellung auf Grund freiwilliger Rechtstitel und nur unter der Voraussetzung der Eintragung in das Hypothekenbuch wirksam[36];

b. er kann dingliche Lasten auflegen, jedoch nur in der Art, daß dadurch die Rechte der Pfandgläubiger, welche nicht ein-

---

[32] Mecklenburg R.St.B.O. § 10. Nach Bayern H.G. § 39 haben die Hypothekgläubiger, die nicht einwilligen, Anspruch auf sofortige Zurückzahlung ihrer Hypotheken. Nach Weimar Pf.G. § 123. 308 ist zur Naturaltheilung einer antheilig verpfändeten gemeinschaftlichen Sache Einwilligung der Hypothekgläubiger erforderlich.

[33] Vgl. oben § 307, 26 und unten § 311.

[34] Pr. L.R. I. 20. 438; Bayern H.G. § 45; Lang, Sachenrecht § 189. I. B; Müller, Pf.R. § 63, 11.

[35] Pr. E.E.G. § 48; Württemberg Pf.G. Art. 91; Oesterreich A.B.G.B. § 1371. Nach Altenburg H.O. § 75 Reuß ä. L. H.O. § 72 und Reuß j. L. H.O. § 74 hat der Vertrag keine andere Wirkung, als daß die Hypothekenbehörde verpflichtet ist, von der geschehenen Eintragung einer anderen Forderung die anderen Hypothekgläubiger zu benachrichtigen.

[36] Bayern H.G. § 44; Regelsberger, H.R. § 55.

Digitized by Google

gewilligt haben, nicht beeinträchtigt werden. Es gilt dieß sowohl für solche Belastungen, die im Hypothekenbuch eingetragen werden wie Personalservituten und Reallasten[37], als für solche die nicht eingetragen werden wie Grunddienstbarkeiten[38], und es haben die Pfandgläubiger, welche in die Bestellung nicht gewilligt haben, das Recht zu verlangen, daß insoferne die Befriedigung ihrer Hypothek sonst beeinträchtigt werden würde, bei Subhastation das Objekt ohne diese Belastung ausgeboten werde (sog. doppelte Subhastation)[39].

7. Der Eigenthümer hat das Recht über die Früchte der Sache zu verfügen, also auch das Recht der Verpachtung[40].

II. Beschränkung des Umfangs des Pfandrechts. Einige Rechte gewähren dem Eigenthümer bei generellen Rechtstiteln einen Anspruch auf Beschränkung des hypothekarischen Verbandes auf einen für die Sicherheit der eingetragenen Forderung genügenden Werth. Nach Bayrischem Recht hat der Eigenthümer Anspruch darauf, daß bei Pfandbestellung auf Grund gesetzlicher genereller Rechtstitel die Eintragung auf einen solchen freien Güterwerth beschränkt werde, der nach Abzug der vorstehenden Posten den Betrag der Forderung um ein Dritttheil übersteigt[41]. Diesen Anspruch kann er auch nach Entstehung der Hypothek geltend machen, wenn durch eingetretene Veränderungen

---

[37] Bayern H.G. § 45; Regelsberger, H.R. § 74. II. 3; Sachsen B.G.B. § 376; Altenburg H.O. § 109. 110; Reuß ä. L. H.O. § 105. 106; Reuß j. L. H.O. § 108. 109; Darmstadt Pf.G. Art. 79; Müller, Pf.R. § 63, 13. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 33, 16. Das Bayrische Recht setzt nicht wie Exner meint, zur Begründung von Personalservituten und Reallasten Zustimmung der Hypothekgläubiger voraus, sondern es läßt die ohne Consens der älteren Hypothekgläubiger errichteten dinglichen Belastungen diesen nachstehen, unten Note 39.

[38] Regelsberger, H.R. § 74, 11; Sachsen B.G.B. § 528; Weimar Pf.G. § 119; Darmstadt Pf.G. Art. 79.

[39] Pr. E.E.G. § 47, 2; Förster Eccius § 188, 52; Bayern E.G. zum H.G. 57; Regelsberger, H.R. § 74, 10; Sachsen B.G.B. § 519. 528; Mecklenburg R.R.H.O. § 8 Nr. 3; R.St.B.O. § 35; Meibom, H.R. § 26, 52; Altenburg H.O. § 109. 110; Reuß ä. L. H.O. § 105. 106; Reuß j. L. H.O. § 108. 109. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 33, 16.

[40] Vgl. oben § 307, 11 f.

[41] Vgl. oben § 302, 14.

Digitized by Google

die durch die Eintragung auf einer Mehrheit von Grundstücken geschaffene Sicherheit das gesetzlich gebotene Maaß übersteigt, indem er hier Anspruch darauf hat, daß die eingetragene Hypothek auf dieses reducirt werde[42]. Nach den Sächsischen H.O. hat der Eigenthümer das Recht zu verlangen, daß Hypotheken, die auf Grund gesetzlicher allgemeiner Rechtstitel ohne seine Einwilligung auf mehreren seiner Immobilien eingetragen sind, auf den übrigen gelöscht werden, wenn schon eines oder einige der übrigen nach Verhältniß ihres Werthes und unter Berücksichtigung der darauf haftenden Schulden zur Sicherstellung offenbar hinreichen[43]. Nach Darmstädtischem Recht kann, wenn ein gesetzlicher Hypothektitel auf mehrere Objekte eingetragen ist, deren Gesammtwerth den doppelten Betrag der Forderung übersteigt, der Schuldner verlangen, daß nach Verhältniß dieses Mehrbetrags einzelne jener Gegenstände von der Hypothek befreit werden[44].

III. Haftung des Eigenthümers gegenüber den Hypothekengläubigern. Ist der ursprüngliche Schuldner der Eigenthümer, so haftet er persönlich mit seinem ganzen Vermögen, und es steht dem Gläubiger frei, die persönliche oder dingliche Klage zu stellen, oder beide mit einander zu verbinden[45]; der dritte Besitzer des Hypothekenobjekts haftet für die eingetragenen Hypotheken nur dinglich, wenn nicht durch Vertrag die persönliche Haftung von ihm übernommen ist. Dieß kann in der Form der privativen Schuldübernahme geschehen, indem der neue Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer unter Genehmigung des Gläubigers als Schuldner an die Stelle des Veräußerers tritt, der seinerseits seiner Verpflichtungen entlassen wird[46]. Dieß

[42] Regelsberger, H.R. § 75, 2.

[43] Altenburg H.O. § 45; Reuß ä. L. H.O. § 46; Reuß, j. L. H.O. § 44; Rudolstadt H.O. § 68.

[44] Darmstadt Pf.G. Art. 66—71; Müller, Pf.R. § 60.

[45] Förster, Gr.B.R. 190, 4; Förster Eccius § 194, 125; Bayern H.G. § 49; Regelsberger, H.R. § 79. III. B; Württemberg Pf.G. Art. 90; Sachsen B.G.B. § 426—428; Altenburg H.O. § 81; Reuß ä. L. H.O. § 78; Reuß j. L. H.O. § 80; Weimar Pf.G. § 112; Rudolstadt H.O. § 31; Darmstadt Pf.G. Art. 81; Müller, Pf.R. § 64, 3. 4; Meibom, H.R. § 22, 14; Exner, H.R. § 34, 9; Min.V. 17/9 1860 Exner, H.R. 258.

[46] Nach neuerem Recht kann dadurch die Verpflichtung aus dem bisherigen Vertrag unter Befreiung des Schuldners auf den neuen Schuldner

Digitized by Google

ist in einzelnen Gesetzen ausdrücklich als zulässig erklärt[47], indessen auch nach den übrigen, die keine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht getroffen haben, für zulässig zu erachten[48]. Mehrere Hypothekengesetze gestatten jedoch auch die kumulative Schuldübernahme[49], welche darin besteht, daß der neue Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer die persönliche Haftung gegenüber den eingetragenen Gläubigern übernimmt, und als persönlicher Schuldner diesen verpflichtet wird, ohne daß der Veräußerer der persönlichen Verpflichtung gegen die Gläubiger entlassen wird. Die kumulative Schuldübernahme findet sich in unseren Hypothekengesetzen in dreifacher Form:

1. Nach Bayrischem Recht haftet der dritte Besitzer persönlich, wenn er durch Vertrag mit dem Schuldner die betreffende Schuld übernommen hat, und der Gläubiger hat ihm gegenüber die Wahl der Klagen wie gegenüber dem ursprünglichen Schuldner[50]. Dabei besteht die Haftung des ursprünglichen Schuldners fort, wenn dieser nicht von dem Gläubiger seiner Haftung entlassen wird[51], und es gilt dieß ebenso von dem dritten Besitzer, der nachdem er die persönliche Haftung übernommen hat das Objekt weiter veräußert[52]. Die gleiche Stellung wie das Bay-

---

übertragen werden, und es ist dazu nicht wie nach römischem Recht Novation erforderlich Windscheid § 338, 3.

[47] Württemberg Pfandgesetz Art. 205; Rudolstadt Gr.Üb.Ges. 6/6 1856 § 10; Darmstadt Pf.G. Art. 134, 3.

[48] Dieß ist Folge der neueren Rechtsentwicklung oben Note 46; Regelsberger, H.R. § 92, 3.

[49] Vgl. über diese Regelsberger, H.R. § 92. B. Sie ist nur zulässig nach denjenigen Gesetzen die ausdrücklich darüber bestimmen. Nicht zulässig ist sie nach den H.G. von Württemberg, Weimar und Braunschweig.

[50] Bayern H.G. § 56; Regelsberger, H.R. § 93. Der ursprüngliche Schuldner und die Schuldübernehmer haften als Correalschuldner Erk. München 14/4 1871 Sammlung I. 86; 16/10 1877 Sammlung VII. 27.

[51] Erk. München 30/10 1851 Bl. XVIII. 32; 11/11 1867 Bl. XXXIII. 105; 11/5 1872 Sammlung II. 85.

[52] Erk. München 11/10 1862 Bl. XXXVIII. 336; 14/4 1871 Sammlung I. 86; 10/5 1873 Sammlg. III. 159; 28/10 1878 Bl. XLIV. 11; Regelsberger, H.R. § 93, 3. Der gleiche Grundsatz gilt nach Preußischem Recht unten Note 65. Radlkofer, die Haftung des dritten Besitzers München 1885 erklärt sich für das Bayrische Recht gegen die Fortdauer der Haftung des Schuldübernehmers nach Veräußerung des Pfandobjekts. Vgl. über diese

Digitized by Google

rische Recht nehmen die H.O. von Altenburg und Reuß j. L.[53], dann die Pfandgesetze von Hessen-Darmstadt[54] und Rudolstadt[55] ein, und sie wird für das Oesterreichische Recht angenommen[56].

2. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. wird der Eigenthümer eines Grundstücks, der bei dessen Erwerbung gegen den Veräußerer die hypothekarische Schuld in Aufrechnung auf den Kaufpreis übernommen oder sich ohne nähere Bestimmung zu deren Bezahlung verpflichtet hat, dem hypothekarischen Gläubiger persönlich verpflichtet, wenn dieser dem Uebereinkommen beigetreten ist. Die persönliche Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners bleibt unberührt. Die persönliche Verpflichtung des Schuldübernehmers hört auf, wenn er das Objekt veräußert[57].

3. Dem Preußischen Recht war ursprünglich der Uebergang der persönlichen Verpflichtung auf den Erwerber des Hypothekenobjekts durch die zwischen dem Veräußerer und Erwerber vereinbarte Schuldübernahme von Seite des letzteren fremd; dem Gläubiger, der nicht eine darauf bezügliche Vereinbarung mit dem Erwerber abgeschlossen hatte, stand gegen diesen nur die dingliche Klage zu[58]. Da jedoch in der Praxis vielfältig der Uebergang der persönlichen Verpflichtung als Consequenz der Schuldübernahme angesehen wurde[59], so wurde durch Deklaration 21/3 1835

Schrift Regelsberger in Bl. L. 161 f. der sich für die in der Praxis bisher ausnahmslos befolgte Anerkennung der fortdauernden persönlichen Haftung des Schuldübernehmers ausspricht, welche nach einer Bemerkung des Herausgebers S. 198 auch schon früher nie in Zweifel gezogen wurde.

[53] Altenburg H.O. § 91b; Reuß j. L. H.O. § 90b. Der Grundsatz der Sächsischen H.O. 1843 § 90, aus der sie entnommen sind, daß die persönliche Haftung des dritten Besitzers auf die Dauer seines Besitzes beschränkt sei, ist in diese Bestimmungen nicht aufgenommen.

[54] Darmstadt Pf.G. Art. 134, 3.

[55] Rudolstadt H.O. § 36.

[56] Exner, H.R. § 34, 8.

[57] Sachsen B.G.B. § 432. Damit übereinstimmend Reuß ä. L. H.O. § 88.

[58] Pr. L.R. I. 20. 54 läßt eine persönliche Verpflichtung des dritten Erwerbers nur eintreten, wenn dieser sie dem Gläubiger gegenüber besonders übernommen hat.

[59] Es wurde angenommen, daß der Gläubiger durch Annahme der Zahlung oder Klagestellung stillschweigend dem Vertrag beitrete Förster Eccius § 102, 33. 34.

Digitized by Google

ausgesprochen, daß durch Schuldübernahme die persönliche Verpflichtung gegen den Gläubiger nur dann entstehe, wenn der Erwerber gegen den Veräußerer sich zur Tilgung der Hypothekschulden persönlich verpflichtet und dieser seinen Anspruch darauf dem Gläubiger abgetreten habe[60]. Dieß bildet die Grundlage des neuesten Rechts, welches den direkten Uebergang der persönlichen Verpflichtung auf den Schuldübernehmer ausspricht. Nach dem neuesten Recht erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber eines Grundstücks, der die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat, die persönliche Klage[61]. Jedoch muß der Gläubiger, wenn ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht hat, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks innerhalb eines Jahres nach der Bekanntmachung kündigen, und dieselbe binnen 6 Monaten nach der Fälligkeit einklagen. Unterläßt er dieß, so erlischt die persönliche Verpflichtung des Veräußerers[62]. Unterbleibt die Benachrichtigung durch den Veräußerer, so bleibt dieser persönlicher Schuldner[63]. Durch Wiederveräußerung des Objekts wird der Schuldübernehmer von seiner persönlichen Verpflichtung nicht befreit[64].

---

[60] Declaration 21/3 1835 § 3; Förster Eccius § 102, 43. Man kam auf diesem Umweg zu dem gleichen Resultat wie die frühere Praxis, und gab auf Grund der Schuldübernahme und Cession des betreffenden Anspruchs dem Gläubiger die persönliche Klage gegen den Erwerber Förster Eccius § 102, 46. Dabei nahm die Praxis an, daß der Schuldübernehmer durch Wiederveräußerung des Objekts von seiner persönlichen Verpflichtung nicht befreit werde Förster Eccius § 102, 41.

[61] Die persönliche Haftung des Käufers entsteht mit der Auflassung des Grundstücks, und die Contrahenten können den Uebernahmsvertrag nicht wieder aufheben, auch wenn der Gläubiger noch nicht Klage gestellt hat Erk. R.G. 25/11 1879 Sammlung I. 48. Die persönliche Haftung des Veräußerers besteht unverändert fort Erk. R.G. 11/10 1881 Sammlung V. 87.

[62] Pr. E.E.G. § 41; Erk. R.G. 29/11 1879 Sammlg. I. 50; Förster Eccius § 102, 49; Dernburg, Pr. P.R. II. § 65 Nr. 2; Oldenburg E.E.G. § 41; Coburg-Gotha E.E.G. § 41; Detmold E.E.G. § 41; Sondershausen E.E.G. § 37. Die gleiche Bestimmung hat Anhalt Gr.B.G. § 40.

[63] Förster Eccius § 102, 55.

[64] Erk. R.G. 25/11 1879 Sammlung I. 48; Dernburg, Pr. P.R. II. § 65, 20. Das neueste Preußische Recht nimmt also die Stellung ein, welche das Bayrische Recht hat, oben Note 52.

Digitized by Google

IV. Haftung des Eigenthümers gegenüber den Grundschuldgläubigern. Nach den Preußischen Grundbuchgesetzen und den daraus abgeleiteten Rechten kann der Grundschuldgläubiger gegenüber dem Constituenten der Grundschuld die Klage aus der persönlichen Verpflichtung desselben mit der dinglichen Klage verbinden[65]. Dagegen wird durch die Uebernahme der Grundschuld an Zahlungsstatt von Seite eines neuen Erwerbers eine persönliche Verpflichtung desselben gegen den Grundschuldgläubiger nicht begründet; eine persönliche Verpflichtung des neuen Erwerbers muß dem Grundschuldgläubiger gegenüber immer besonders begründet sein[65a]. Nach den Rechten von Hamburg und Lübeck dagegen ist die persönliche Haftung des neuen Erwerbers für die auf dem Grundstück eingetragenen Posten gesetzlich bestimmt[65b].

Nach französischem Recht gelten für die Stellung des Eigenthümers folgende Grundsätze:

I. Eigenthumsverhältnisse. Auch nach französischem Recht hat die Hypothekbestellung einen Einfluß auf die Eigenthumsverhältnisse nur insoferne, als die Verfügungen des Eigenthümers den Hypothekgläubigern nicht zum Nachtheil gereichen dürfen[66].

1. Der Eigenthümer bleibt im Besitz des Pfandobjekts[67], wenn dieser nicht dem Gläubiger durch besondere Festsetzung übertragen ist. Auch nach französischem Recht kann durch besondere Festsetzung dem Hypothekgläubiger Besitz und Genuß des Objekts eingeräumt werden, indem mit demselben ein antichretischer Ver-

---

[65] Förster Eccius § 194, 125. Das Gleiche nimmt Meibom, H.R. § 22, 14 für das Mecklenburgische Recht an.

[65a] Die Bestimmung des E.E.G. § 41 oben Note 62 bezieht sich nur auf Hypotheken nicht auf Grundschulden vgl. oben § 294, 20; Dernburg, Pr. P.R. I. § 314 nach Note 14. Uebergang der persönlichen Verpflichtung bei Grundschulden setzt voraus, daß der Käufer sich in dem Kaufvertrag bei Uebernahme der Grundschuld ausdrücklich persönlich verpflichtet, den Verkäufer auch von seiner persönlichen der Grundschuld zu Grund liegenden Verpflichtung zu befreien. Es werden darauf die Bestimmungen der Declaration 21/3 1835 oben Note 60 angewendet Förster Eccius § 102 nach Note 49.

[65b] Hamburg H.O. § 34; Lübeck V. 25/3 1848 § 4.

[66] Zachariä § 286.

[67] Puchelt, H.R. § 35, 2.

Digitized by Google

trag abgeschlossen wird, in Folge dessen dieser mit den Rechten des Unterpfandsgläubigers alle Rechte eines Nutzungspfandgläubigers verbindet[68]. Abgesehen von diesem Fall gewährt der antichretische Vertrag nicht ein Unterpfandsrecht, auch nicht ein Faustpfandrecht[69], sondern er bewirkt ein eigenthümliches Rechtsverhältniß, für welches folgende Grundsätze gelten[70]: Der antichretische Vertrag ist die Uebereinkunft, vermöge deren einem Gläubiger ein Immobile mit dem Recht übergeben wird, die Früchte desselben zu beziehen, um sich für seine Forderung bezahlt zu machen[71]. Ueber die rechtliche Natur desselben herrscht Meinungsverschiedenheit. Nach der einen Ansicht gewährt derselbe nur einen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner auf die Früchte, ist also ein rein obligatorisches Recht[72]. Nach einer anderen Ansicht gewährt die Antichrese ein Retentionsrecht gegenüber den jüngeren Unterpfandsgläubigern und den Chirographargläubigern[73]. Eine dritte Meinung legt der Antichrese die Eigenschaft eines dinglichen Rechts bei[74]. Der antichretische Vertrag setzt zu seiner Entstehung Schriftlichkeit[75] und zur Wirkung gegen Dritte Uebergabe des Objekts[76] nach dem Transskriptionsgesetz von 1855 auch Transskription voraus. Durch den antichretischen

---

[68] C. c. Art. 2091; Puchelt, H.R. § 96, 2. Eine besondere Anwendung gibt diesem Rechtssatz Baden L.R. Art. 2091 a.

[69] Ein Faustpfandrecht ist nach C. c. Art. 2072 nur an beweglichen Sachen zulässig.

[70] Vgl. Zachariä § 436—439; Aubry § 436—439; Puchelt, H.R. § 89—98. Da der Inhalt des antichretischen Vertrags, der mit einem Unterpfandsvertrag verbunden ist, kein anderer ist, als der des selbstständigen antichretischen Vertrags, so werde ich den letzteren gleich hier darstellen.

[71] C. c. Art. 2085; Zachariä § 436, 3.

[72] Dieß ist die Ansicht von Zachariä § 286, 9 und mehrerer dort Angeführten.

[73] Aubry § 438, 9; Puchelt in Zachariä § 286, 9. Dieser Ansicht folgte der Gerichtsgebrauch in Frankreich vor dem Transskriptionsgesetz von 1855.

[74] S. die bei Puchelt, H.R. § 92, 4 Angeführten und Kohler, pfandrechtliche Forschungen 251. Dieser Meinung hat sich die neuere französische Gesetzgebung angeschlossen, indem nach dem Transskriptionsgesetz 23/3 1855 Art. 2 zur Entstehung der Antichrese die Transskription für erforderlich erklärt ist.

[75] C. c. Art. 2085.

[76] Puchelt, H.R. § 91, 7.

Digitized by Google

Vertrag erhält der Gläubiger die Befugniß, die Früchte der Sache zu beziehen[77], wobei er dieselbe pfleglich zu behandeln und die Kosten des Unterhalts und die Lasten zu tragen hat[78]. Die Erträgnisse muß er auf die Zinsen und dann auf das Capital abrechnen[79], weßhalb er Rechnung zu stellen hat[80]. Bei nicht rechtzeitiger Befriedigung hat er Versteigerung zu beantragen[81]. Bei Concurrenz mit anderen Gläubigern steht der Nutzpfandgläubiger älteren Hypothekgläubigern jedenfalls nach[82]; ob er spätere Hypothekgläubiger und Chirographargläubiger ausschließe, ist bestritten[83].

2. Der Eigenthümer kann das Objekt veräußern, da das Recht der Hypothekgläubiger dadurch keine Veränderung erleidet[84]. Bei Veräußerung einzelner Theile steht jedoch dem Gläubiger, wenn der Erwerber des Theiles das Purgationsverfahren einleitet, die Befugniß zu, Zahlung der ganzen Schuld vor der Verfallzeit von dem Schuldner zu verlangen. Das Gleiche ist anzunehmen, wenn der Eigenthümer das Objekt an verschiedene Personen veräußert hat[85].

3. Der Eigenthümer darf Aenderungen mit dem Objekt vornehmen, jedoch steht dem Gläubiger, wenn dadurch eine Verminderung der Sicherheit herbeigeführt wird, das Recht zu, einen

---

[77] C. c. Art. 2085.

[78] C. c. Art. 2086.

[79] C. c. Art. 2085. Zulässig ist die Uebereinkunft, daß die Früchte mit den Zinsen compensirt werden sollen C. c. Art. 2089.

[80] Zachariä § 438, 2. 3.

[81] C. c. Art. 2088. Die Vereinbarung, daß in diesem Fall das Pfandobjekt dem Gläubiger zufallen solle, ist ungiltig Zachariä § 438, 5.

[82] Aubry § 438, 11; Puchelt, H.R. § 96, 4.

[83] Bestimmend ist, welche Auffassung dem Rechtsverhältniß gegeben wird, oben Note 72. 73.

[84] C. c. Art. 2166.

[85] C. c. Art. 1188; Zachariä § 284, 4. Nach einer davon abweichenden Meinung soll der Anspruch auf Rückzahlung vor der Verfallzeit schon durch Wegveräußerung einzelner Parcellen oder Parcellirung des Ganzen begründet sein, ohne daß Einleitung des Purgationsverfahrens durch den neuen Erwerber vorausgesetzt wird, da in der Parcellirung allein schon eine Verminderung der Sicherheit liege Aubry § 286, 14; Puchelt, H.R. § 35, 8.

Digitized by Google

Einhaltsbefehl oder Sequestration zu erwirken oder Heimzahlung vor der Verfallzeit zu verlangen[86].

4. Der Eigenthümer hat das Recht Nachhypotheken zu errichten und Servituten aufzulegen[87].

II. Beschränkung der Hypothek. Nach französischem Recht kann unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen eine Beschränkung der Legalhypothek der Ehefrau[88] der Bevormundeten[89] und der Judicialhypothek[90] auf die für Sicherstellung der Forderungen genügenden Immobilien erwirkt werden.

III. Haftung des Eigenthümers. Ist der ursprüngliche Schuldner der Eigenthümer, so haftet er persönlich mit seinem ganzen Vermögen[91]; das Gleiche gilt von dem Universalnachfolger desselben[92]. Der dritte Besitzer, der nicht durch Delegation die persönliche Haftung übernommen hat[93], haftet nur dinglich, in der Art, daß er entweder die Forderung bezahlen oder die Liegenschaft aufgeben muß[94].

IV. Das Purgationsverfahren. Dem Erwerber einer Liegenschaft steht außerdem nach französischem Recht die Befugniß zu, durch Einleitung des Purgationsverfahrens[95] diese

---

[86] Vgl. oben § 307, 47. 48.

[87] Zachariä 286, 2. 3. Dem Pfandgläubiger steht auch nach französischem Recht die Befugniß zu, zu verlangen, daß das Objekt frei von der später errichteten Dienstbarkeit zur Subhastation gebracht werde Zachariä § 250, 5.

[88] C. c. Art. 2144. 2161; Zachariä § 275, 14, vgl. oben § 297, 11. 12.

[89] C. c. Art. 2143. 2161; Zachariä § 275, 10a. Vgl. oben § 297, 14.

[90] C. c. Art. 2161; Zachariä § 275, 8a. Vgl. oben § 297, 16.

[91] Vgl. unten § 310, 30. Die Klage gegen den persönlich haftenden Hypothekschuldner unterscheidet sich nach französischem Recht nur dadurch von der Klage gegen einen anderen Schuldner, daß die Klage auf Exekution aus dem Hypothekenobjekt gerichtet sein muß und dem Gläubiger der Angriff auf andere Immobilien des Schuldners nur bei Insufficienz der ersteren gestattet ist, vgl. unten § 310, 31.

[92] Zachariä § 287, 12; Puchelt, H.R. § 81, 4.

[93] Gegen diesen ist die persönliche Klage gegeben. Eine Uebernahme der Schuld durch den dritten Besitzer ohne Delegation verpflichtet den Gläubiger nicht Puchelt, H.R. § 82, 12.

[94] Vgl. unten § 310, 33.

[95] Vgl. über dieses Puchelt, H.R. § 86—88; Zachariä § 294. 295; Aubry § 293, § 294.

Digitized by Google

von den darauf haftenden Privilegien und Unterpfändern zu befreien. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Berechtigt zur Einleitung des Purgationsverfahrens ist nur derjenige Erwerber einer Liegenschaft, welcher für die Forderungen, bezüglich deren das Verfahren eingeschlagen werden soll, nicht persönlich haftet [96], und der seinen Erwerbstitel hat transskribiren lassen [97].

2. Ist der Erwerber von keinem der Gläubiger in Anspruch genommen, so ist er für die Einleitung des Verfahrens an keinen Termin gebunden [98]; hat jedoch einer der inskribirten Gläubiger ihm eine Sommation [99] zugehen lassen, so muß er binnen Monatsfrist nach Zustellung derselben das Verfahren einleiten [100].

3. Das Verfahren beginnt mit Zustellung der vorschriftsmäßigen Schriftstücke an die inskribirten Gläubiger. Die Zustellung ist nur denjenigen Gläubigern gegenüber erforderlich, welche in dem Zeitpunkt, in dem die Transskription vollzogen wurde, inskribirt waren [101]. Sie erfolgt an jeden einzelnen Gläubiger an seinem bei der Inskription gewählten Domicil [102]. Die den Gläubigern zuzustellenden Schriftstücke haben zu enthalten:

a. eine Darstellung der objektiven Sachlage, nämlich einen Auszug aus dem Erwerbstitel [103], einen Auszug aus der Trans-

---

[96] Puchelt, H.R. § 86, 7.

[97] C. c. Art. 2181; Zachariä § 294, 2.

[98] Zachariä 294 Nr. 2.

[99] Vgl. unten § 310, 36.

[100] C. c. Art. 2183; Puchelt, H.R. § 87, 4.

[101] C. de pr. Art. 835. Es erstreckt sich dieß auch auf die inskriptionsfreien Legalhypotheken, insoferne dieselben in dieser Zeit nicht inskribirt waren. Für die nicht inskribirten Legalhypotheken wird ein besonderes Verfahren eingeleitet, indem die daraus Berechtigten durch öffentliche Bekanntmachung benachrichtigt werden, wobei sie, wenn sie nicht innerhalb 2 Monaten Inskription genommen haben, ihre Ansprüche verlieren C. c. Art. 2193—2195; Puchelt, H.R. § 88; Zachariä § 295.

[102] C. c. Art. 2183. Für Inskriptionen, bei welchen die Wahl des Domicils fehlt, ist die Zustellung nicht erforderlich Zachariä § 294, 7.

[103] Dieser muß außer der Angabe des Erwerbsaktes die genaue Bezeichnung des Veräußerers, die Gutsbeschreibung den Erwerbspreis und die Gutslasten enthalten C. c. Art. 2183 Nr. 1; Zachariä § 294, 8—10; Puchelt § 87, 9—13.

Digitized by Google

ſkription des Verkaufsaktes [104] und eine Tabelle der inſkribirten Hypotheken mit Angabe des Datums der Hypothek und der Einſchreibung des Namens des Gläubigers und des Betrags der inſkribirten Forderung [105];

b. die Erklärung des neuen Erwerbers, daß er bis zum Betrag des in dem erſteren Schriftſtück aufgeführten Erwerbspreiſes alle auf dem Immobile ruhenden Privilegien und Hypotheken ſofort abzutragen bereit ſei [106]. Dieſe Erklärung hat die rechtliche Bedeutung eines Vertragsanerbietens, das von dem Offerenten nicht einſeitig zurückgenommen werden kann [107].

4. Wird von den Gläubigern in dem geſetzlichen Termin ein Uebergebot nicht gemacht, ſo befreit der Gläubiger durch Zahlung oder Depoſition des in der Erklärung angegebenen Preißes das Immobile von allen darauf haftenden Immobiliarprivilegien und Hypotheken [108].

5. Uebergebotsverfahren (Surenchère). Iſt die Notifikation geſchehen, ſo kann jeder verfolgungsberechtigte Gläubiger durch Uebergebot die Zwangsverſteigerung des Objekts erwirken. Die Vorausſetzungen ſind folgende:

a. Berechtigt iſt jeder inſkribirte Gläubiger, auch derjenige, der erſt nach der Transſkription hat inſkribiren laſſen [109], dann der inſkriptionsfreie Hypothekgläubiger [110].

b. Jeder Gläubiger, dem die Inſinuation des neuen Erwerbers zugegangen iſt, kann binnen 40 Tagen nach der Noti-

---

[104] C. c. Art. 2183 Nr. 2.

[105] C. c. Art. 2183 Nr. 3; Zachariä § 294, 11.

[106] C. c. Art. 2184. Es wird dabei nicht unterſchieden, ob die Forderung fällig iſt oder nicht. Nichtfällige Forderungen werden, wenn das Purgationsverfahren durchgeführt wird, deponirt Zachariä § 294, 12.

[107] Iſt in der geſetzlichen Friſt von einem Gläubiger ein Uebergebot gemacht, ſo iſt damit die Vertragsofferte angenommen Zachariä § 294, 16 a.

[108] C. c. Art. 2186; Zachariä § 294, 36; Puchelt, H.R. § 87, 22 a. Die Vertheilung erfolgt unter den Gläubigern wie im Concurs, wobei die Forderungen der nicht zum Zug kommenden Gläubiger erlöſchen Zachariä § 294, 39.

[109] Oben Note 101. Dieſen wird die Notifikation des Eigenthümers nicht zugeſtellt, ſie können ſich aber dem Uebergebotsverfahren anſchließen Zachariä § 294, 21.

[110] Bei dieſen wird jedoch vorherige Inſkription vorausgeſetzt Zachariä § 294, 21.

Digitized by Google

fikation des Eigenthümers das Uebergebot abgeben [111]. An dieselbe Frist sind die erst nach der Transskription inskribirten Gläubiger gebunden [112]. Das Uebergebot muß ein Gebot enthalten, welches den vom Besitzer in seiner Erklärung angegebenen Preis um wenigstens 10 % übersteigt [113]; zugleich muß der Antragsteller für Erfüllung seiner Verbindlichkeit Sicherheit leisten [114]. Der Antrag muß in der gesetzlich bestimmten Frist dem Advokaten des dritten Erwerbers, dann dessen Rechtsvorfahr und dem Hauptschuldner zugestellt werden [115].

c. Es wird sodann zur Zwangsversteigerung geschritten, wobei das Uebergebot, an welches der Antragsteller gebunden ist [116], als erstes Angebot erscheint [117]. Bis zum Zuschlag kann jedoch der dermalige Besitzer durch Bezahlung sämmtlicher inskribirter Forderungen und der Kosten die Einstellung des Verfahrens bewirken [118]. Die Vertheilung des Erlöses erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen. Ergibt sich dabei ein Ueberschuß, so bleibt derselbe dem bisherigen Besitzer [119].

---

[111] C. c. Art. 2185 Nr. 1. Eine Verlängerung der Frist tritt nach der Entfernung des wirklichen von dem gewählten Domicil des beantragenden Gläubigers ein Puchelt, H.R. § 87, 26.

[112] Zachariä § 294, 21. Die Frist wird für sie von der ersten Insinuation an einen Gläubiger gerechnet Puchelt, H.R. § 87, 28.

[113] C. c. Art. 2185 Nr. 2; Zachariä § 294, 24.

[114] C. c. Art. 2185 Nr. 5; Zachariä § 294, 28.

[115] C. c. Art. 2185 Nr. 2. 3; Zachariä § 294, 25.

[116] C. c. Art. 2187. 2190; Zachariä § 294, 44.

[117] C. c. Art. 2187; Zachariä § 294, 45a.

[118] Zachariä § 294, 42.

[119] Zachariä § 294, 49.

Digitized by Google

Abtheilung 2.

Rechte des Gläubigers.

I. Inhalt des Pfandrechts.

§ 310.

1. Recht auf Befriedigung[1].

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger den Anspruch Befriedigung der Forderung aus der Pfandsache zu verlangen. Nach römischem Recht hatte zu diesem Behuf der Gläubiger mit der actio hypothecaria die Herausgabe der Sache zu betreiben, um sich durch Verkauf derselben Befriedigung zu verschaffen. Der Schuldner, sowie der dritte Besitzer konnte die Herausgabe durch Zahlung abwenden; ein direkter Anspruch auf Zahlung dagegen war weder gegenüber dem Schuldner noch gegenüber dem dritten Besitzer gegeben[2]. Allgemein ist dieß in unserem neueren Hypothekenrecht dahin umgestaltet, daß der Verkauf nicht mehr durch den Gläubiger sondern gerichtlich vollzogen wird[3], daher auch die hypothekarische Klage nicht mehr auf Herausgabe des Pfandobjekts an den Kläger sondern auf Befriedigung des Klägers durch Exekution in dem Pfandobjekt zu richten ist[4]. Dadurch allein ist keine Veranlassung gegeben für die moderne Hypothek einen von dem der römischen Hypothek abweichenden Inhalt vorauszusetzen, da die abweichende Gestaltung des Verfahrens sich daraus erklären läßt, daß im Interesse der Rechtsordnung der Privatverkauf durch den gerichtlichen Verkauf, daher auch die Herausgabe an den Gläubiger durch gerichtliche Beschlagnahme

---

[1] Regelsberger, H.R. § 9. 10. 78; Römer, Pf.R. § 46; Müller, Pf.R. § 65. 67; Meibom, H.R. § 21; Exner, H.R. § 34.

[2] Vgl. unten § 313, 2 folg.

[3] Es ist dieß in unseren Hypothekengesetzen allgemein anerkannt, vgl. unten Note 9. 11.

[4] Es folgt dieß aus den Bestimmungen unserer Hypothekengesetze, welche dem Gläubiger nur das Recht, Befriedigung aus dem Objekt zu suchen einräumen, unten Note 9. 11. Auch als die Klage noch auf Abtretung gerichtet werden konnte, war diese nicht mehr gewöhnlich Heyne, Commentar I. 330. Vgl. auch unten § 313, 18.

Digitized by Google

zum Behuf der Subhastation ersetzt wurde[5]. Neuerdings wird indessen behauptet, der Hypothekenanspruch des neueren Rechts gehe nicht auf Befriedigung des Gläubigers durch Verkauf des Hypothekenobjekts, sondern auf Zahlung einer Geldsumme[6], sei also nicht den Principien des römischen Rechts sondern den in dieser Hinsicht erhaltenen Principien des älteren Deutschen Rechts conform[7]. Diese Annahme, die auch in der historischen Entwicklung keine Bestätigung findet[8], entspricht nicht dem Standpunkt unserer Hypothekengesetze, welche vielmehr als Inhalt des Hypothekenrechts das Recht des Gläubigers bezeichnen die Befriedigung seiner Forderung durch die Subhastation des Hypothekenobjekts zu betreiben[9], wobei dem Eigenthümer wie nach römischem Recht

---

[5] Dieß wird hervorgehoben von Römer, Pf.R. § 2. 5; Roth, H.S. 103; Rudolph, A. f. C.P. LXVII. 244.

[6] Meibom, H.R. § 22, 5 und Regelsberger, H.R. § 10, 7 und § 58, 5 führen dieß zunächst für das Mecklenburgische und Bayrische Hypothekenrecht aus. Neuerdings wird dieß jedoch generalisirt und als leitender Grundsatz des modernen Hypothekenrechts erklärt.

[7] Sohm, Natur der modernen Hypothek 8.

[8] S. die Ausführung oben § 291, 92 folg.

[9] Württemberg Pf.G. Art. 90: Durch das Unterpfand erlangt der Gläubiger das dingliche Recht, seine Befriedigung aus der für die Forderung verpfändeten Sache zu begehren. Hessen Pf.G. Art. 84: Vermöge der Hypothekenklage kann der Pfandgläubiger — verlangen, daß er aus dem Unterpfand bezahlt, beziehungsweise das Unterpfand oder wenigstens die Früchte desselben gerichtlich in Beschlag genommen und verkauft, und er aus dem Erlös — wegen seiner durch Hypothek versicherten Forderung — befriedigt werde. Sachsen B.G.B. § 424: Der hypothekarische Gläubiger kann, wenn die Forderung ganz oder zum Theil fällig ist, zu seiner Befriedigung Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks — verlangen. Altenburg H.O. § 82; Reuß ä. L. H.O. § 79; Reuß j. L. H.O. § 81: Vermöge der dinglichen Klage kann der hypothekarische Gläubiger verlangen, aus dem Grundstück, woran er die Hypothek erlangt hat, befriedigt zu werden. Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 39: (Die hypothekarische Klage) ist auf den Verkauf des verpfändeten Grundstücks und Befriedigung aus dem Erlös nicht auf Besitzeinräumung zu richten. Rudolstadt H.O. § 31: Vermöge seines dinglichen Rechts kann der Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung die gerichtliche Versteigerung des ihm verhafteten Grundstücks, und soweit er zunächst aus den Nutzungen zu befriedigen ist, gerichtliche Sequestration oder die sonst nöthigen Anordnungen verlangen. Weimar Pf.G. § 97: Durch die Pfandbestellung erwirbt der Pfandgläubiger das Recht seine Befriedigung hinsichtlich der versicherten Forderung aus dem

Digitized by Google

die Befugniß eingeräumt ist, durch Zahlung den Verkauf des Hypothekenobjekts abzuwenden [10]. Dieß ist die Stellung auch des Preußischen Rechts [11], und zwar ist dieß auch für die Grundschuld desselben anzunehmen [12]. Abweichend sind nur die Mecklenburgischen Hypothekenordnungen [13], sowie die von Hamburg und

---

dafür bestellten Pfand in Anspruch zu nehmen. Die gleiche Stellung hat das Oesterreichische Recht A.B.G.B. § 461: Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt, so ist er befugt, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Unger, Ö. P.R. § 61, 25; Exner, H.R. § 34, 9. In allen diesen Gesetzen ist dem Gläubiger nur das Recht eingeräumt, seine Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt zu suchen, und zu diesem Behuf die Zwangsversteigerung zu beantragen. Daß dieser Anspruch an die Stelle des gemeinrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenobjekts getreten ist, ist in den Motiven zu Sachsen H.G. 1843 § 80 Heyne, Commentar I. 330 ausdrücklich ausgesprochen.

[10] Die Hypothekengesetze sprechen dieß theilweise nur für den Fall aus, daß die Klage gegen den dritten Besitzer gestellt wird Bayern H.G. § 54; Württemberg Pf.G. Art. 117; Darmstadt Pf.G. Art. 133; Altenburg H.O. § 89; Reuß ä. L. H.O. § 86; Reuß j. L. H.O. § 87; Rudolstadt H.O. § 36. Allgemein sprechen dieß aus: Sachsen B.G.B. § 430 und Weimar Pf.G. § 111. Für den persönlichen Schuldner, der mit der Pfandklage belangt wird, versteht sich dieß übrigens von selbst Exner, H.R. § 34, 12.

[11] Die Bestimmung Pr. L.R. I. 20. 436: „durch eine gehörig erfolgte Eintragung erlangt der Gläubiger das Recht, sich wegen seiner Forderung zur Verfallzeit an die verpfändete Sache zu halten", steht auf dem Standpunkt der oben Note 9 aufgeführten Gesetze und durch die Bestimmung E.E.G. § 37: „durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigenthümer begründet" ist daran principiell nichts geändert. Aus dem Wortlaut dieser Gesetze ergibt sich, daß das Preußische Landrecht dem Gläubiger nicht einen Anspruch auf Zahlung sondern einen solchen auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt gewähren wollte Förster Eccius § 194, 126. Allein die Praxis läßt regelmäßig den auf Zahlung gerichteten Antrag zu Achilles Ges. 233, Dernburg, Pr. P.R. I. § 316, 3, wie dieß ebenso von der Oesterreichischen Praxis geschieht Unger, Ö. P.R. § 61, 25; Exner, H.R. § 34, 9. Für die Bestimmung der Stellung der Vorschriften des Preußischen Landrechts ist dieß jedoch in keiner Weise maßgebend.

[12] Rudolph, accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 272. Es ist dieß daraus zu folgern, daß für die Geltendmachung der Grundschuld dieselbe Klage wie für die der Hypothek nämlich die actio hypothecaria gegeben ist, unten § 314, 1.

[13] Nach allen in Mecklenburg geltenden Hypothekenordnungen geht die Klage aus dem Hypothekenschein auf Zahlung Meibom, H.R. § 22, 5.

Digitized by Google

Lübeck[14], indem sie als Inhalt des Hypothekenrechts die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung bezeichnen. Es ist dieß als eine nur partikularrechtliche Gestaltung anzusehen, während nach den anderen Hypothekenrechten der Anspruch des Gläubigers dahin geht, daß er seine Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt durch Zwangsveräußerung desselben zu suchen hat. Dieß ist, obwohl es bestritten ist, auch für das Bayrische Recht anzunehmen[15].

Das Recht auf Befriedigung, auf welches nicht verzichtet werden kann[16], enthält nach allen Hypothekengesetzen die Befugniß,

---

[14] Hamburg H.O. § 33; Lübeck Ges. 26/7 1879 § 1. Es erklärt sich dieß schon daraus, daß die hypothekarische Belastung in den Hansestädten vielfältig auf Umgestaltung der hier sehr verbreiteten Rente beruht.

[15] Nach meiner Meinung ist dieß auch die Stellung des Bayrischen Rechts, da in H.G. § 49 ganz allgemein gesagt ist: Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderung aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen. Allerdings heißt es in H.G. § 54 der dritte Besitzer sei verbunden, die Hypothekforderung zu bezahlen, oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde, allein es ist dieß nur die alternative Fassung des Klagpetitums, wie sie im vorigen Jahrhundert allgemein zugelassen wurde, und in Bayr. L.R. II. 6. 19 Nr. 6 ausdrücklich als zuläßig erklärt ist, nicht weil der Inhalt des Hypothekenrechts abweichend von den Grundsätzen des römischen Rechts als Verpflichtung zur Zahlung einer Geldschuld erklärt werden sollte, sondern weil, wie Kreittmayr sagt, der dritte Inhaber ebenso gut als Debitor selbst durch Entrichtung der Schuld von dieser Klage sich entbinden kann, vgl. oben § 291, 100. Ich kann daher Regelsberger nicht zustimmen, der H.R. § 10, 22 annimmt, der Inhalt des Hypothekenrechts des Bayrischen Rechts sei dahin festzustellen, daß der Eigenthümer für Zahlung der versicherten Summe hafte, ich nehme vielmehr an, daß auch nach Bayrischem Recht wie nach den anderen Deutschen Hypothekengesetzen der Gläubiger nur einen Anspruch hat die Befriedigung seiner Forderung durch Exekution zu suchen, wie dieß H.G. § 49 allgemein ausspricht. Die von Gönner, Commentar I. 415 ausgesprochene Ansicht, daß der Hypothekenanspruch immer auf Zahlung gehe, soll nicht einen dem Bayrischen Recht eigenthümlichen Rechtssatz aufstellen, sondern gibt nur die in dem Leben und der Praxis gewöhnliche Fassung, wie sich dieß auch anderwärts findet z. B. in der Preußischen und Oesterreichischen Praxis, vgl. oben Note 11. Auch das in dem Bayrischen Recht besonders geregelte Recht der Abtretung des Hypothekenobjekts unten Note 26 folg. scheint mir nicht entgegenzustehen. Ebenso erklärt sich gegen die Auslegung die Regelsberger den Bestimmungen des Bayrischen H.G. gibt Rudolph in A. f. C.Pr. LXVII. 239 folg.

[16] Der Verzicht auf zwangsweise Befriedigung ist mit dem Begriff des

Digitized by Google

den gerichtlichen Verkauf des Hypothekenobjekts zu beantragen [17]. Nach einem Theil der Hypothekengesetze hat der Gläubiger auch das Recht zu seiner Befriedigung die Sequestration des Hypothekenobjekts zu verlangen, und zwar theils alternativ [18], theils subsidiär für den Fall, daß der Pfandgegenstand nicht zur Zwangsversteigerung gebracht werden kann [19], oder daß die Zwangsversteigerung nicht zu einem Resultat führt [20]. Verzicht auf Zwangsversteigerung ist von mehreren Hypothekengesetzen für unzulässig erklärt [21]. Der Zwangsverkauf muß ein gerichtlicher sein, und es kann nach den anderen Rechten auch vertragsmäßig der Privatverkauf nicht gestattet werden [22]. Zulässig ist eine solche Vereinbarung nach Preußischem Landrecht [23]; indeß ist es bestritten, ob dieß nach dem neuen Grundbuchrecht noch als in Geltung stehend anzusehen sei [24]. Unzulässig ist die Vereinbarung, daß das

Hypothekenrechts nicht vereinbar Regelsberger, H.R. § 80 Nr. 4. b; Siegmann, H.R. § 25, 10.

[17] Vgl. oben Note 9. 11.

[18] Pr. E.E.G. § 43; Oldenburg E.E.G. § 43; Braunschweig E.E.G. § 47; Coburg E.E.G. § 43; Detmold E.E.G. § 43; Sondershausen E.E.G. § 39; Bayern H.G. § 51; Sachsen B.G.B. § 424; Altenburg H.O. § 82; Reuß ä. L. H.O. § 79; Reuß j. L. H.O. § 79; Anhalt A.G. zur C.Pr.O. § 15. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 34, 16 und § 44 Nr. 1. Der Gläubiger kann nach einzelnen Rechten auf die eine oder andere Exekutionsart verzichten Regelsberger, H.R. § 80, 11; Exner, H.R. § 34, 16, mehrere Hypothekenordnungen lassen jedoch den Verzicht auf Zwangsversteigerung nicht zu, unten Note 21.

[19] Württemberg Exek.Ges. Art. 44; Lang, Sachenrecht § 190 Nr. 32; Hessen Pf.G. § 84 Müller, Pf.R. § 66; Mecklenburg Meibom, H.R. § 26, 70; Rudolstadt H.O. § 31.

[20] Dieß ist ausdrücklich anerkannt Hessen Pf.G. § 84 und Mecklenburg Meibom, H.R. § 26, 76. Es ist aber auch nach den anderen Rechten als zulässig anzunehmen.

[21] Pr. E.E.G. § 45; Württemberg Pf.G. Art. 91; Darmstadt Pf.G. Art. 84.

[22] Ausdrücklich für ungiltig erklärt ist eine derartige Vereinbarung Sachsen B.G.B. § 383, Darmstadt Pf.G. Art. 91, und sie ist für unzulässig zu halten nach Bayrischem Württembergischem und Oesterreichischem Recht Regelsberger, H.R. § 84, 13; Lang, Sachenrecht § 190, 2; Exner, H.R. § 27, 17.

[23] Pr. L.R. I. 20. 29.

[24] Die Motive zu § 39 Werner, Materialien II. 32 halten den Privatverkauf für unzulässig, weßhalb er im Gesetz nicht erwähnt worden sei. Dieser Ansicht schließen sich an Förster, Gr.B.R. 174 und Bahlmann, Grb.G. 179 Nr. 3, weil nur der eingetragene Eigenthümer die Auflassung ertheilen könne.

Digitized by Google

Pfandobjekt nach der Verfallzeit der Forderung dem Gläubiger zu Eigenthum zufallen solle (lex commissoria)[25]. Nach Bayrischem Recht hat der dritte Besitzer des Hypothekenobjekts, der die persönliche Haftung für die Hypotheken nicht übernommen hat, wenn er mit der Hypothekenklage belangt ist, die Befugniß durch Abtretung des Hypothekenobjekts an die Gläubiger sich von allen Ansprüchen derselben zu befreien[26]. Es ist dieses in der älteren gemeinrechtlichen Praxis ausgebildete und im französischen Recht[27] noch erhaltene Institut durch die Bayrische Gesetzgebung nicht näher bestimmt, und daher sein Inhalt bestritten, um so mehr als die Anwendung nur selten vorkommt[28]. Nach der Darstellung von Gönner hat die Abtretung die Bedeutung einer datio in solutum[29], wonach also das Eigenthum des Objekts an den Gläubiger oder die Gläubiger übergeht, an welche die Abtretung erfolgt[30]. Dieß widerspricht indessen der Bestimmung des Hypothekengesetzes, daß die Abtretung an den Gläubiger zu dem Zweck erfolge, damit er

---

Dagegen sprechen sich für die Zulässigkeit aus unter der Voraussetzung, daß der Schuldner dem veräußernden Gläubiger zugleich Vollmacht zur Auflassung ertheilt Achilles Ges. 266 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 339, 6. Auch ohne diese Voraussetzung hält den Privatverkauf für zulässig Förster Eccius §194, 42.

[25] Ein ausdrückliches Verbot geben Pr. L.R. I. 20. 33; Württemberg Pf.G. Art. 91; Sachsen B.G.B. § 383; Darmstadt Pf.Ges. Art. 91; Weimar Pf.G. § 106; Oesterreich A.B.G.B. § 1371; Exner, H.R. § 27, 16. Ebenso ist nach Bayrischem Hypothekenrecht die Unzulässigkeit anzunehmen Regelsberger, H.R. § 80, 7. Von Manchen wird angenommen, daß das Verbot mit Aufhebung der Wuchergesetze beseitigt sei Förster, Gr.B.R. 173 und Pr. P.R. § 190, 30; Meibom, H.R. § 18. 49. Mit Recht nehmen die fortdauernde Geltung an Stobbe, P.R. § 155, 49; Dernburg, Pr. P.R. I. § 339, 7 und Förster Eccius § 191, 32, womit die Preußische Praxis und die des Reichsgerichts übereinstimmt Erk. R.G. 5/10 1880 Sammlung II. 86; 2/4 1881 Sammlung IV. 12.

[26] Bayern H.G. § 26; Regelsberger, H.R. § 81.

[27] Vgl. unten § 313, 74 folg.

[28] Regelsberger, H.R. § 28, 5.

[29] Gönner, Commentar I. 450; übereinstimmend Lehner, H.R. I. § 148 Nr. 2 und Regelsberger, H.R. § 81, 1.

[30] Dieß spricht Regelsberger, H.R. § 81. I. 1 direkt aus, es ist aber auch als der Meinung von Gönner entsprechend anzusehen, da er Commentar I. 451 den Fall als möglich voraussetzt, daß die Gläubiger das Objekt behalten wollen. Der gleichen Ansicht ist Lehner, H.R. I. § 148 Nr. 3.

Digitized by Google

aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde[31]. Das Bayrische Recht nimmt also keine andere Stellung ein als das gemeine Recht, welches bei der alternativen Klagbitte die Abtretung nur zum Behuf der Befriedigung der Forderung durch Zwangsverkauf zuließ[32], und das französische Recht, nach welchem durch das Aufgeben der Liegenschaft nur der Besitz des Objekts auf die Gläubiger übertragen wird, welche dann die Zwangsversteigerung zu betreiben haben[33]. Die Abtretung des Hypothekenobjekts an die Gläubiger gibt diesen also auch nach Bayrischem Recht keine andere Befugniß als die, die Befriedigung ihrer Forderung durch Zwangsverkauf oder Einweisung zu suchen[34]. Daraus ergibt sich als selbstverständliche Consequenz, daß der Eigenthümer für den Mindererlös bei der Subhastation nicht in Anspruch genommen werden kann[35], und daß der Mehrerlös ihm zufällt[36].

[31] H.G. § 54: „oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde." Aus diesem Satz erhellt zweifellos, daß das Gesetz einen Uebergang des Eigenthums auf die Gläubiger nicht gemeint haben kann, da es diesen nur die Befugniß einräumt, das Objekt subhastiren zu lassen oder zu ihrer Befriedigung Immission in die Früchte nachzusuchen, in welchem Fall das Eigenthum zweifellos bei dem Abtretenden bleibt.

[32] Wie die oben § 291, 91 folg. gegebene Zusammenstellung entnehmen läßt, war die im vorigen Jahrhundert allgemein als zulässig angesehene alternative Klagbitte auf Zahlung oder Herausgabe zum Zwangsverkauf gerichtet. Ein Verlangen der Abtretung zu Eigenthum an den Kläger hat in dem Recht dieser Zeit keine Begründung, und ist auch im Bayrischen Landrecht nicht vorgesehen. Daß auch das Bayrische Hypothekengesetz einen solchen Rechtssatz nicht aufgestellt hat, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 54.

[33] Vgl. unten § 313, 76.

[34] Die Annahme von Gönner, Comment. I. 451 und Regelsberger, H.R. § 81. I. 2, daß, wenn keiner der Gläubiger die Abtretung des Objekts annehmen wolle, dasselbe auf den persönlichen Schuldner übergehe, und daß dann gegen diesen die Zwangsvollstreckung zu vollziehen sei, hat im Gesetz keine Begründung, da dieses dem Gläubiger nur das Recht einräumt, auf Exekution anzutragen; ebensowenig entspricht sie dem gemeinen Recht und dem Bayrischen Landrecht.

[35] Von Bayrischen Schriftstellern wird theilweise die Meinung vertreten, daß der Eigenthümer für den Mindererlös hafte, wenn er, statt von dem Recht der Abtretung Gebrauch zu machen, die Sache zum Zwangsverkauf kommen lasse Gönner, Comment. I. 449; Reithmayr in Bl. XXXII. 162. Als Grund wurde angeführt, daß da das Gesetz Zahlung oder Abtretung alternativ vorschreibe, der Eigenthümer, der die letztere unterlassen, zur Zahlung

Digitized by Google

Einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen hat er insoferne, als der Verkaufswerth dadurch erhöht ist[37]. Die anderen Rechte enthalten eine Bestimmung über das Recht der Abtretung nicht; nach diesen wird vielmehr, wenn der Besitzer nicht zahlen will, zur Subhastation geschritten[38].

Das französische Recht steht auf einem davon verschiedenen Standpunkt. Es unterscheidet den Anspruch gegen den persönlich haftenden Schuldner und gegen den dritten Erwerber des Pfandobjekts. Gegen den persönlich haftenden Schuldner ist der Anspruch auf Zahlung zunächst aus dem Hypothekenobjekt gegeben, da insoweit dieses ausreicht, andere Exekutionsobjekte von dem Gläubiger zu seiner Befriedigung nicht in Anspruch genommen werden können[39]. Dagegen ist gegen den nicht persönlich haftenden dritten Erwerber des Pfandobjekts der Anspruch gegeben, daß er entweder die Forderuug bezahle oder die Liegenschaft zur Durchführung des Zwangsverkaufs aufgebe[40]. Macht der dritte Erwerber von dem Recht des Aufgebens Gebrauch, so wird ein Curator gewählt, und gegen diesen die Subhastation betrieben[41]; macht er von dem Recht des Aufgebens keinen Gebrauch, so wird, wenn er nicht Zahlung leistet, gegen ihn selbst die Subhastation betrieben[42]. Der Anspruch des Gläubigers geht nur auf Exekution durch Subhastation in der gesetzlich vorgeschriebenen Form;

---

der ganzen Forderung verpflichtet sei. Auch ich hatte mich Bayr. C.R. (1) § 195, 29 dieser Ansicht angeschlossen. Dagegen erklären sich Lehner, H.R. I. § 147 Graf, Commentar III. 89 und Regelsberger, H.R. § 81. IV. 2 mit Berufung darauf, daß die Praxis eine solche Haftung nicht anerkenne. Nach der oben Note 34 gegebenen Begründung kann von einer Haftung für den Mindererlös nicht die Rede sein.

[36] Regelsberger, H.R. § 81. IV. 2. Es entspricht dieß den Bestimmungen des französischen Rechts unten § 318, 78 und rechtfertigt sich aus allgemeinen Gründen.

[37] l. 29 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 235, 15; Erk. Celle 17/1 1854 Sf. IX. 11.

[38] Exner, H.R. § 34, 14.

[39] Vgl. unten § 313, 67.

[40] Vgl. unten § 313, 69. Oben § 291, 99 ist nachgewiesen, daß die alternative Klagbitte in derselben Formulirung gemeinrechtlich ziemlich allgemein für zulässig erachtet wurde.

[41] Vgl. unten § 313, 76.

[42] Vgl. unten § 313, 82.

Digitized by Google

das französische Recht läßt Exekution durch Einweisung in die Früchte nicht zu[43]. Ebensowenig ist nach französischem Recht Stipulation der lex commissoria zuläßig[44].

---

§ 311.

2. Anspruch auf Sicherstellung[1].

Der Pfandgläubiger hat das Recht zu verlangen, daß die ihm durch die Pfandbestellung gewährte Sicherheit unverändert erhalten werde. Hat der Gläubiger in Folge besonderer Festsetzung ein bestimmtes Maaß von Sicherheit anzusprechen, so kann er, wenn dasselbe vermindert wird, eine Ergänzung verlangen[2]. Hat der Schuldner schuldhaft eine Werthminderung des Pfandobjekts in der Art herbeigeführt, daß dasselbe nicht mehr hinlängliche Sicherheit gewährt, so hat der Gläubiger das Recht, Sicherheitsmaßregeln zu beantragen[3], nach einzelnen H.O. auch die Be-

---

[43] Zachariä § 287, 9; Puchelt, H.R. § 35, 3.

[44] Zachariä § 266, 35; Puchelt, H.R. § 50, 29.

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. § 340; Förster Eccius § 194, 21; Regelsberger, H.R. § 76. 77; Müller, Pf.R. § 63, 19; Exner, H.R. § 33, 30.

[2] Dieß ist nach Bayrischem Recht der Fall, wenn bei Hypothekerrichtung auf Grund eines allgemeinen Rechtstitels die Hypothekbestellung auf einen bestimmten freien Güterwerth beschränkt wird, und dieser eine Veränderung erleidet Regelsberger, H.R. § 76. II. 1; ferner wenn bei Bestellung einer Sicherheitshypothek die eingetragene Summe zur Leistung der Sicherheit unzulänglich geworden ist H.G. § 19 Regelsberger, H.R. § 76. II. 2. Nach Württemberg Pf.G. Art. 52 ist ein Anspruch auf Ergänzung oder Heimzahlung dann gegeben, wenn sich der Werth des Pfandobjekts mit oder ohne Verschulden des Eigenthümers in der Art verringert, daß es nicht mehr die erforderliche Sicherheit bietet. Nach Darmstadt Pf.G. Art. 23 haben Kinder und Ehefrauen einen Anspruch auf Ergänzung der Sicherheit, wenn die für ihren gesetzlichen Hypothektitel eingetragene Hypothek durch Werthminderung des Pfandobjekts nicht mehr die gesetzliche Sicherheit genießt.

[3] Für Bestellung der Sicherheit gelten die allgemeinen Grundsätze. Einzeln werden aufgeführt: Cautionsbestellung Weimar Pf.G. § 101; Sequestration Darmstadt Pf.G. Art. 80; Bestellung einer Ergänzungshypothek Bayern H.G. § 18 und 54; Württemberg Pf.G. Art. 52; Darmstadt Pf.G. Art. 80. Nach Oesterreichischem Recht kann der Gläubiger Cautionsleistung Sequestration oder Bestellung einer Ergänzungshypothek beantragen Exner, H.R, § 33, 30.

Digitized by Google

fugniß, seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern [4]. Nach Preußischem Recht berechtigen erhebliche Verschlechterungen des Grundstücks, durch welche die Sicherheit des Gläubigers gefährdet wird, diesen, bei dem Proceßrichter Sicherheitsmaßregeln zu beantragen, auch seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern [5]. Nach französischem Recht kann sowohl bei Legalhypotheken [6] als bei Judicialhypotheken [7], die auf bestimmte Immobilien beschränkt sind, der Gläubiger Ergänzung oder Heimzahlung fordern, wenn durch zufällige Ereignisse der Werth der bezeichneten Objekte so sinkt, daß sie nicht mehr die erforderliche Sicherheit bieten. Das Gleiche gilt bei Conventionalhypotheken, wenn die zur Sicherstellung bestimmten Objekte durch Zufall eine derartige Werthminderung erlitten haben, daß sie nicht mehr die erforderliche Sicherheit bieten [8]. Jedoch steht dem Schuldner das Wahlrecht zu, ob er Ergänzung oder Heimzahlung der Forderung eintreten lassen wolle [9]. Ist die Werthverminderung durch Schuld des Eigenthümers herbeigeführt, so hat der Gläubiger Anspruch auf Heimzahlung vor der Verfallzeit, und der Schuldner ist nicht befugt, statt der Heimzahlung eine Ergänzung der Hypothek vorzunehmen [10].

---

[4] Bayern H.G. § 45; Württemberg Pf.G. Art. 52; Darmstadt Pf.G. Art. 80. Die gleiche Bestimmung hat Pr. E.E.G. § 50. Die anderen H.O. haben eine solche Bestimmung nicht.

[5] Pr. E.E.G. § 50.

[6] Es werden die Bestimmungen des C. c. Art. 2131, die zunächst für Conventionalhypotheken getroffen sind, darauf angewendet Puchelt, H.R. § 42, 9.

[7] Puchelt, H.R. § 46, 9.

[8] C. c. Art. 2131.

[9] Der Schuldner hat in diesem Fall das Wahlrecht, während bei schuldhafter Werthverminderung der Schuldner die Heimzahlung nicht verweigern kann, wenn der Gläubiger sie verlangt Zachariä § 266, 27. Nach einer anderen Ansicht hat ohne Rücksicht auf die Ursache der Werthverminderung immer der Gläubiger das Wahlrecht.

[10] Nach C. c. Art. 1188 hat jeder Schuldner, der durch sein Verschulden die Sicherheit vermindert, die Verpflichtung zu sofortiger Zahlung, während nach C. c. Art. 2131 der Hypothekschuldner bei Verminderung der Sicherheit entweder die Forderung heimzahlen oder die Hypothek ergänzen muß. Dieß wird dahin ausgelegt, daß im Fall des Art. 1188 der Gläubiger, im Fall des Art. 2131 der Schuldner das Wahlrecht habe Zachariä § 266, 27; Puchelt, H.R. § 51, 4.

Digitized by Google

§ 312.

II. Dispositionsbefugniß des Gläubigers.

Dem Gläubiger steht das Recht zu, Verfügungen über die für ihn eingetragene Hypothek (Grundschuld) zu treffen, soweit er überhaupt dispositionsfähig ist, und sich nicht aus dem Hypothekenbuch eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der betreffenden Post sich ergibt[1]. Die hier in Betracht kommenden Verfügungen sind:

I. Dispositionen hinsichtlich der Priorität. Der Gläubiger kann

1. auf das Vorzugsrecht seines Pfandrechts verzichten, indem er einem nachstehenden Pfandrecht den gleichen Rang mit dem seinigen oder den Vorrang vor demselben einräumt[2].

2. Eine Rangabtretung (Prioritätseinräumung)[3] vornehmen. Diese besteht in der Uebereinkunft zwischen zwei Gläubigern, deren Posten sich nicht unmittelbar folgen, daß der nachstehenden Post der Rang der vorgehenden eingeräumt werden solle. Sie wird einseitig durch Uebereinkunft zwischen den beiden Gläubigern vollzogen[4], wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß durch die Rangeinräumung die Vorzugsrechte der Zwischenposten nicht geändert werden[5]. Die Rangabtretung kann daher von dem voreingetragenen

---

[1] Ueber Verfügungsbeschränkungen des Pfandgläubigers vgl. Exner, H.R. § 60.

[2] Vgl. unten § 321, 22 folg. Die Mecklenburgische R.St.B.O. § 20 Nr. 2b gestattet die Postposition unter unmittelbar hintereinander folgenden Posten. Nach den anderen Mecklenburgischen H.O. ist Postposition nur im Fall der Theilung einer Hypothekenpost gestattet Meibom H.R. § 18 Nr. 3. Die gleiche Bestimmung hat Hamburg H.O. § 37.

[3] Vgl. Förster Eccius § 144, 6; § 199a. II; Dernburg, Pr. P.R. I. § 334. I; Roth, Bayr. C.R. (1) § 192, 1; Regelsberger, H.R. § 91; Römer, Pf.R. § 52; Lang, Sachenrecht § 186, 44 f.; Müller, Pf.R. § 71; Exner, H.R. § 64; Strohal, die Prioritätsabtretung 1880.

[4] Nach Sachsen B.G.B. § 440; Hessen Pf.G. Art. 101; Altenburg H.O. § 187; Reuß ä. u. j. L. H.O. § 186; Weimar Pf.G. § 147 und Rudolstadt H.O. § 40 ist Eintragung der Rangabtretung zu ihrer Giltigkeit erforderlich. Das Gleiche gilt nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 64, 13.

[5] Pr. E.E.G. § 35; Bayern H.G. § 62; Württemberg Pf.G. Art. 104;

Digitized by Google

Gläubiger einseitig für keinen höheren Betrag als der seiner eigenen Post verfügt werden[6]. Soweit der Betrag der rücktretenden Post den der vortretenden übersteigt, behält der durch die letztere nicht gedeckte Betrag der ersteren den ursprünglichen Rang[7]. Ueber die rechtliche Natur der Rangabtretung sind die Ansichten getheilt. Nach der einen Ansicht besteht dieselbe in einer gegenseitigen Cession der Forderungen[8]. Nach einer anderen Ansicht vollzieht sich damit ein Austausch der Hypothekenrechte ohne einen Wechsel der Forderungen, so daß die nachstehende Forderung definitiv in den Rang der vorstehenden Forderung einrückt[9]. Gegen diese Auffassung ist indeß einzuwenden, daß eine Abtretung der Hypothek allein ohne die Forderung also auch des Ranges der Hypothek nach unseren Rechten unzulässig ist[10], und daß mit dieser Construktion der Grundsatz, daß durch die Rangabtretung das Vorrecht der zwischenstehenden Gläubiger nicht beeinträchtigt werden dürfe, nicht vereinbar ist[11]. Gleichwohl hat diese Auffassung in mehreren Hypothekengesetzen Anerkennung gefunden[12]. Noch

---

Sachsen B.G.B. § 449; Darmstadt Pf.G. Art. 101, 1; Altenburg H.O. § 96; Reuß ä. L. H.O. § 93; Reuß j. L. H.O. § 95; Weimar Pf.G. § 147, 2; Rudolstadt H.O. § 40; Oesterreich Gr.B.G. Art. 30.

[6] Gönner, Commentar I. 506.

[7] Regelsberger, H.R. § 91. II. C. b; Römer, Pf.R. § 52, 5.

[8] Dernburg, Pf.R. II. 475; s. dagegen Regelsberger, H.R. § 91, 2, der hervorhebt, daß dieß in der Regel der Absicht der Partheien nicht entspreche, und daß für eine solche Stipulation die Bestimmungen der Hypothekengesetze über Cession völlig ausreichen würden.

[9] Diese Ansicht vertreten für das Preußische Recht Prinz, Einfluß der Hypothekenverfassung 272; Dernburg, Pr. P.R. I. § 334, 8; für das Bayrische Recht Lehner, H.R. § 114; für das Darmstädtische Recht Müller, Pf.R. 71, 8; für das Oesterreichische Recht Strohal, Prioritätsabtretung 73. Nach Sachsen B.G.B. § 440 kann ein Gläubiger das Vorrecht einer eingetragenen Forderung dem Alter nach unbeschadet der Rechte anderer Pfandgläubiger auch ohne die Forderung an einen nachstehenden Pfandgläubiger abtreten, so daß die betreffenden Gläubiger ihre Stellen rücksichtlich der Summen, für welche das Vorrecht abgetreten ist wechseln. Die gleiche Stellung hat Weimar Pf.G. § 147, 2.

[10] Vgl. Reithmayr in Bl. f. R.A. XXVI. 66.

[11] S. die Ausführung bei Regelsberger, H.R. § 91, 6 und Exner, H.R. § 65, 2.

[12] Sachsen B.G.B. § 440; Weimar Pf.G. § 147; vgl. oben Note 9.

Digitized by Google

eine andere Ansicht geht dahin, daß sich bei der Rangabtretung der abtretende Gläubiger nur verpflichte, für den Fall des Zwangsverkaufs dem nachstehenden Gläubiger denjenigen Theil des Erlöses zu überlassen, der dem abtretenden Gläubiger nach Maßgabe des seiner Forderung zustehenden Ranges zukomme, und sich auf die Bezahlung an der Stelle des vorgesetzten Gläubigers anweisen lasse, daß also der vorstehende Gläubiger dem nachstehenden das Recht einräume, Befriedigung aus dem Kaufgeld des Pfandes für die vortretende Forderung vor dem die Priorität Einräumenden an der dem letzteren gebührenden Stelle zu fordern [13]. Die letztere Auffassung, für welche überwiegende Gründe sprechen [14], ist in der Preußischen [15] und Bayrischen Praxis [16] angenommen.

II. Verfügung über die Post. Der Gläubiger kann über die Post durch Cession (unten § 315) und Verpfändung (unten § 317) verfügen. Nach Oesterreichischem Recht kann auch die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Hypothekarforderung in das Grundbuch eingetragen werden [17].

III. Recht der Ablösung. Der Gläubiger hat nach mehreren Rechten das Recht der Ablösung eines vorstehenden Gläubigers [18].

Nach französischem Recht kann der Hypothekgläubiger Dispositionen hinsichtlich des Rangs seiner Hypothek treffen, indem er einem anderen Gläubiger den Vorrang vor seiner Forderung einräumt. In der französischen Rechtssprache wird dieß

---

[13] Dafür erklären sich für das Bayrische Recht Gönner, Commentar I. 502. II. 272; (Reithmayr) Bl. f. R.A. XXII. 260. XXVI. 65; Regelsberger, H.R. § 91, 9; für das Württembergische Recht Römer, Pf.R. § 52; Lang, Sachenrecht § 186, 45; für das Oesterreichische Recht Exner, H.R. § 65, 8.

[14] S. die Ausführung bei Achilles Ges. 227; Regelsberger, Bl. f. R.A. XXXVI. 210; Exner, H.R. § 65. II.

[15] Erk. O.Tr. 1/9 1838 Entsch. VI. 359; 5/9 1879 Striethorst LXXXIX. 191. Dieser Ansicht schließen sich an: Achilles Ges. 227; Turnau Gr.B.O. I. 371; Förster Eccius § 199 a. II.

[16] Erk. München 6/3 1857 Bl. XXII. 265; 18/2 1867 Bl. XXXII. 218; 22/12 1871 Sammlung I. 296.

[17] Exner, H.R. § 59. Durch die bücherliche Eintragung erhält der Nießbraucher hinsichtlich der Zinsen der Hypothekforderung die Stellung eines Cessionars Exner, H.R. § 59, 6. Die anderen Hypothekengesetze haben keine Bestimmung über die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Hypothekforderung.

[18] Vgl. unten § 316, 23.

Digitized by Google

Subrogation genannt, obwohl es eine solche nur im uneigentlichen Sinn ist, und mit der Subrogation im eigentlichen Sinn nicht verwechselt werden darf[19]. Der Gläubiger kann durch Verzicht auf seine Hypothek zu Gunsten eines bestimmten Hypothekgläubigers, dem ein Unterpfandsrecht an demselben Objekt zusteht, diesem den Vorrang einräumen, oder die Einräumung des Vorrangs ausdrücklich aussprechen[20]. Das französische Recht unterscheidet nicht wie das Deutsche Recht den Fall der Postposition und der Prioritätseinräumung, behandelt vielmehr beide nach gleichen Grundsätzen. Verzicht und Vorrangseinräumung bedürfen nach französischem Recht keiner Form[21]; nur soweit sie sich auf die Legalhypothek der Frau beziehen, bedürfen sie nach dem Transskriptionsgesetz 23/3 1855 der Transskription[22]. Die Vorzugseinräumung, die namentlich bei der Legalhypothek der Ehefrau sehr häufig vorkommt[23], erzeugt für den Erwerber einen Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung an der Stelle der Forderung des verzichtenden Gläubigers[24], jedoch nicht über den Umfang der letzteren, wobei die dazwischen stehenden Gläubiger dadurch nicht beeinträchtigt werden dürfen[25]. Dem Gläubiger steht nach französischem Recht das Recht der Cession (unten § 315) und der Verpfändung zu (unten § 317). Ebenso hat er nach französischem Recht das Recht der Ablösung[26].

---

[19] Vgl. darüber Zachariä § 288, 5 und Aubry § 288, 5. Vgl. über die Subrogation im eigentlichen Sinn, unten § 316, 40 f.

[20] Aubry § 288, 3; Zachariä § 288, 6.

[21] Puchelt, H.R. § 43, 19.

[22] Transskriptionsgesetz 23/3 1855 Art. 9.

[23] Ausführlich handelt darüber Aubry § 288 bis.

[24] Aubry § 288, 11.

[25] Aubry § 288 nach 10.

[26] Vgl. unten § 316, 43.

Digitized by Google

Abschnitt 6.

Geltendmachung des Anspruchs.

§ 313.

1. Klage aus der accessorischen Hypothek [1].

Für die Geltendmachung des Anspruchs aus der accessorischen Hypothek ist nach den Deutschen Hypothekenrechten sowohl gegen den persönlich haftenden als gegen den nicht persönlich haftenden Eigenthümer die dingliche Klage (actio hypothecaria) gegeben.

I. Rechtliche Natur der Hypothekenklage. Die Hypothekenklage des römischen Rechts war eine Vindikationsklage [2], und ging auf Herausgabe des Pfandobjekts an den Gläubiger [3], der sich durch Verkauf desselben Befriedigung verschaffte [4]. Der Schuldner konnte die Klage durch Zahlung abwenden [5]. Dieß ist in den Deutschen Hypothekenrechten jedenfalls insoferne umgestaltet, als nach diesen der Verkauf nicht durch den Gläubiger, sondern immer gerichtlich vollzogen wird [6]. Darin allein wäre noch keine Veranlassung gelegen, die Hypothekenklage des neueren Rechts als eine von der actio hypothecaria des römischen Rechts principiell verschiedene anzusehen [7]. Indessen wird neuerdings von Manchen angenommen, daß der Inhalt des Hypothekenanspruchs nach neuerem Hypothekenrecht nicht der im römischen Recht begründete sondern ein Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme sei, die dingliche Klage demnach nur auf Zahlung gerichtet werden könne [8]. Allein dieß ist die Stellung nur vereinzelter Hypotheken-

---

[1] Vgl. Förster Eccius § 194. III. § 199b; Dernburg, Pr. P.R. I. § 341—352; Regelsberger, H.R. § 78—86; Römer, Pf.R. § 45. 46; Siegmann, H.R. § 47. 48; Meibom, H.R. § 21—27; Müller, Pf.R. § 62—66; Exner, H.R. § 34—36. § 43—46.

[2] Windscheid § 235, 1.

[3] Dernburg, Pf.R. II. 300.

[4] Windscheid § 237, 1.

[5] l. 16 § 3 D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. II. 307.

[6] Es ist dieß in allen H.O. ausgesprochen, vgl. oben § 310, 5.

[7] Vgl. oben § 310, 5.

[8] Vgl. oben § 310, 6.

Digitized by Google

ordnungen [9], die überwiegende Mehrzahl nimmt dagegen den Standpunkt des gemeinen Rechts ein, wonach der Hypothekgläubiger durch die Hypothekbestellung das Recht erwirbt, seine Befriedigung durch Exekution in dem Hypothekenobjekt durch Zwangsveräußerung oder Sequestration zu suchen [10]. Die Hypothekenklage dieser Hypothekenordnungen unterscheidet sich daher von der des römischen Rechts nur darin, daß dem Gläubiger nicht ein Anspruch auf Besitzeinräumung zum Behuf des Verkaufs, sondern nur ein Anspruch darauf zukommt, daß das Gericht zur Exekution schreite, und die Forderung prioritätsmäßig befriedige [11].

II. Gegenstand der Hypothekenklage ist die Befriedigung des Gläubigers für seine Ansprüche an Capital, Zinsen und Kosten in dem durch das Gesetz bestimmten Umfang [12]. Der Antrag ist nach einzelnen Rechten nur auf Zahlung zu richten [13], nach den meisten Hypothekenordnungen geht die Klage nur auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt durch den Zwangsverkauf desselben [14]. Der Beklagte kann die Klage durch Zahlung der fälligen Beträge abwenden [15]. Der dritte Besitzer, welcher in sol-

[9] Es findet sich dieß nur in den Mecklenburgischen Hypothekenordnungen dann in denen von Hamburg und Lübeck oben § 310, 13. 14, wobei hervorzuheben ist, daß nur nach Mecklenburgischem Recht dieser Grundsatz allgemein also auch für die accessorische Hypothek gilt, während die Rechte von Hamburg und Lübeck die accessorische Hypothek nicht kennen. Ueber das Bayrische Recht, für welches manche die gleiche Stellung annehmen, vgl. oben § 310, 15.

[10] Vgl. oben § 310, 9. 11; Unger, Ö. Pr.R. § 61, 81; Exner, H.R. § 34, 15.

[11] Exner, H.R. § 34, 16 folg.

[12] Vgl. oben § 308.

[13] Vgl. oben Note 9. Auch nach diesen Rechten wird die Klage als dingliche Klage aufgefaßt.

[14] Vgl. oben § 310, 9. 11. Die dort aufgeführten H.O. geben dem Gläubiger nur das Recht, seine Befriedigung aus dem Objekt durch Zwangsversteigerung desselben zu suchen. Auch nach diesen Rechten wird der Klagantrag gewöhnlich auf Zahlung gerichtet, und es ist dieß da, wo die persönliche mit der dinglichen Klage verbunden wird, ganz gerechtfertigt; aber man darf daraus nicht folgern, daß der Anspruch ein anderer geworden sei, vgl. oben § 310, 11.

[15] Es gilt dieß ebenso für den persönlich haftenden Eigenthümer, gegen den nur die dingliche Klage gestellt wird, wie für den nicht persönlich haftenden Eigenthümer. Unsere H.O. sprechen dieß meist nur für den letzteren aus, vgl. oben § 310, 10.

Digitized by Google

cher Weise Zahlung leistet, tritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers von selbst ein[16]. Nach Bayrischem Recht kann sich der dritte Besitzer auch durch Abtretung des Hypothekenobjekts an den klagenden Gläubiger befreien[17]; nach den anderen Hypothekenordnungen ist dem Beklagten eine solche Befugniß nicht gegeben, der dritte Besitzer, welcher nicht bezahlen will, ist vielmehr nur der Exekution durch Zwangsverkauf ausgesetzt[18].

III. Voraussetzung der Hypothekenklage. Berechtigt zur Klagestellung ist der im Hypothekenbuch als Gläubiger Eingetragene[19], auch der nachstehende[20], sowie der Cessionar[21]. Die Klage kann gegen den im Grundbuch als Eigen-

[16] Es ist dieß in den H.G. von Bayern Württemberg und Hessen besonders ausgesprochen, vgl. unten § 316, 61—63. Nach denjenigen Rechten, welche auf den zahlenden Eigenthümer die Hypothek als Eigenthümerhypothek übergehen lassen, versteht sich dieß von selbst auch in dem Fall, daß die Zahlung durch den nicht persönlich haftenden Eigenthümer erfolgt, vgl. unten § 316, 74. 84. 85.

[17] Vgl. oben § 310, 26.

[18] Es gilt dieß auch nach Württembergischem Recht, da die Bestimmung Pf.G. Art. 118: „wird gegen den dritten Besitzer die Abtretung der verpfändeten Sache an einen Gläubiger erkannt" dahin auszulegen ist, daß der Eigenthümer das Objekt zum Behuf der Zwangsveräußerung herausgeben muß Lang, Sachenrecht § 193, 11. Das Gesetz ist daher nicht dahin zu verstehen, daß die Herausgabe an den Gläubiger wie nach Bayrischem Recht an Zahlungsstatt erfolgt. Das Gleiche ist für die Bestimmung des Hessischen Pf.G. Art. 132 anzunehmen, das den dritten Besitzer nur verbindlich macht, das Unterpfand dem zur gesetzmäßigen Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlichen Verfahren unterwerfen zu lassen, was Müller, Pf.R. § 83 Aufgeben des Unterpfands nennt. Es entspricht dieß aber weder dem Aufgeben des Bayrischen noch dem des französischen Rechts, sondern es ist damit nur ausgesprochen, daß der dritte Besitzer die Exekution dulden müsse.

[19] Dernburg, Pr. P.R. I. § 341 Nr. 1; Regelsberger, H.R. § 79. I; Exner, H.R. § 35 Nr. 1.

[20] Es liegt darin die wesentlichste Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts, nach welchem der Nachhypothekar nur unter Voraussetzung der Ablösung des Vorhypothekars die Hypothekenklage stellen konnte Roth, H.S. 103.

[21] Nach denjenigen Rechten, welche die Giltigkeit der Cession von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig machen, unten § 315, 14—20, ist nur der als Cessionar Eingetragene zur Klagstellung legitimirt. Nach den anderen Rechten kann der Cessionar sein Recht auf die Forderung auch anderweitig nachweisen Dernburg, Pr. P.R. I. § 341 Nr. 1; Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 4; Exner, H.R. § 49, 22.

Digitized by Google

thümer Eingetragenen gestellt werden[22], sie ist aber zulässig auch gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer[23]. Die Klage setzt Bestand und Fälligkeit der Forderung voraus. Der Bestand der Forderung ergibt sich aus der Eintragung im Hypothekenbuch[24]. Die Hypothekenklage kann weder auf Grund einer Vormerkung[25] noch auf Grund einer gelöschten Hypothek gestellt werden, auch wenn die Rechtsgiltigkeit der Löschung mit Erfolg angefochten wird[26]. Für die Fälligkeit der Forderung ist, wenn sie sich nicht

---

[22] Pr. E.E.G. § 7; Sachsen B.G.B. § 425. 429; Meibom, H.R. § 22, 8; Exner, H.R. § 35, 4. Nach Bayrischem Recht kann die Klage gegen den Bucheigenthümer gerichtet werden, auch wenn er nicht der wirkliche Eigenthümer ist Erk. München 20/11 1865 Bl. XXXI. 90; 2/10 1869 Bl. XXXIV. 395. Das bereits eingeleitete Klageverfahren erleidet keine Unterbrechung, auch nachdem der ursprüngliche Beklagte aufgehört hat, Eigenthümer zu sein Pr. E.E.G. § 44; Mecklenburg R.R.H.O. § 30; R.St.B.O. § 31; Meibom, H.R. § 24 Nr. 3. Nach Oesterreichischem Recht setzt dieß jedoch voraus, daß die Klage im Grundbuch angemerkt ist Exner, H.R. § 35, 7.

[23] Dernburg, Pr. P.R. I. § 341 Nr. 2; Regelsberger, H.R. § 79, 4; Exner, H.R. § 35 Nr. 2. Dieß gilt auch nach Mecklenburgischem Recht nach denjenigen H.O., nach welchen der Eigenthumserwerb nicht von der Eintragung abhängt Meibom, H.R. § 22, 8. Dagegen ist nach Sachsen B.G.B. § 425 die Klage nur gegen den eingetragenen Eigenthümer gegeben.

[24] Dernburg, Pr. P.R. I. § 372 Nr. 3; Regelsberger, H.R. § 79. 1; Sachsen B.G.B. § 429; Exner, H.R. § 35, 21. Dagegen kann nach Mecklenburgischem Recht die Klage nicht auf die Eintragung im Hypothekenbuch, sondern nur auf den Hypothekenschein gegründet werden Meibom, H.R. § 22, 8.

[25] Auf Grund einer bloßen Vormerkung kann nach Bayrischem Recht die dingliche Hypothekenklage nicht gestellt werden Gönner, Commentar I. 327 und 417; Lehner, H.R. § 79 Nr. 2 und § 91 Nr. 2; Erk. München 23/4 1866 Bl. XXXI. 397. A. M. Regelsberger, H.R. § 68, 3 der annimmt, daß der vorgemerkten die Wirkung der eingetragenen Hypothek von dem Augenblick an zustehe, in welchem die Hindernisse der Eintragung beseitigt sind. Dem ist entgegenzuhalten, daß Bayern H.G. § 30 der Vormerkung die rechtlichen Wirkungen der eingetragenen Hypothek ausdrücklich abspricht. Für das Preußische Recht schließt sich der Ansicht von Regelsberger an Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 8. Ausdrücklich verlangt Sachsen B.G.B. § 429 Nachweis der Eintragung der Forderung. Nach Oesterreichischem Recht kann die Hypothekenklage mit der Rechtfertigung der Pränotation verbunden oder unter Voraussetzung des zur Eintragung erforderlichen Nachweises gestellt werden Exner, H.R. § 35, 30.

[26] Erk. München 4/10 1847 Bl. XIII. 218.

Digitized by Google

aus dem Rechtsverhältniß selbst ergibt[27], die Kündigung[28] entscheidend, welche der Kläger zu beweisen hat[29].

IV. Einreden[30]. Durch Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch verliert der Schuldner nicht die Einreden gegen die Richtigkeit und Wirksamkeit derselben[31]. Modifikationen treten ein theils in Folge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs, theils in Folge positiver Vorschriften des Hypothekengesetzes.

1. Einwirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs. Gegen den ursprünglichen Hypothekgläubiger können von dem Hypothekschuldner, auch wenn er nicht persönlich haftet[32], alle Einreden aus der Forderung geltend gemacht werden, die nicht durch das Hypothekengesetz ausdrücklich ausgeschlossen sind[33]; der gutgläubige ursprüngliche Hypothekgläubiger wird durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur geschützt hinsichtlich des Bestandes des Hypothekenobjekts, wie er sich aus der Eintragung

---

[27] Exner, H.R. § 35, 30.

[28] Ueber die Kündigung vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 341, 9; Regelsberger, H.R. § 79, 10; Exner, H.R. § 35. 36; Meibom, H.R. § 21. 22. Sind der persönliche und der Hypothekenschuldner verschiedene Personen, so ist die Kündigung an den letzteren erforderlich Förster Eccius § 137, 114; Regelsberger, H.R. § 79, 10; Exner, H.R. § 35. 42.

[29] Nach Oesterreich Gr.B.G. § 59. 60 kann sie im Grundbuch eingetragen werden. Nach Preußischem Recht kann sie auch mit der Hypothekenklage verbunden werden Dernburg, Pr. P.R. I. § 341, 10.

[30] Förster Eccius § 194, 128 § 199b, 15 f.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 342; Regelsberger, H.R. § 82; Römer, Pf.R. § 45; Lang, Sachenrecht § 168. IV. § 185. I; Müller, Pf.R. § 65, 5. § 82; Meibom, H.R. § 23; Exner, H.R. § 36.

[31] Exner, H.R. § 36, 5; Pr. E.E.G. § 38, 2; Bayern H.G. § 46; Altenburg H.O. § 78; Reuß ä. L. H.O. § 75; Reuß j. L. H.O. § 75; Württemberg Pf.G. Art. 86.

[32] Regelsberger, H.R. § 82. I. 1. Dieß wird auch nach Preußischem Landrecht angenommen Erk. O.Tr. 28/11 1853 Striethorst XI. 73 und 24/4 1857 Striethorst XXIV. 204; Achilles Ges. 244. Ausgesprochen ist es Darmstadt Pf.G. Art. 135. Dieß gilt nicht nach Oesterreichischem Recht, nach welchem der Drittbesitzer in derselben Lage ist wie der Hypothekbeklagte gegenüber dem klagenden Cessionar Exner, H.R. § 36, 18.

[33] Bayern H.G. § 46; Württemberg Pf.G. Art. 86; Altenburg H.O. § 76; Reuß ä. L. H.O. § 75; Reuß j. L. H.O. § 75; Weimar Pf.G. § 109. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 36, 4 u. 6, und nach Preußischem Recht Pr. E.E.G. § 38, 2.

Digitized by Google

ergibt[34], und der Verfügungsberechtigung des eingetragenen Eigenthümers[35], soweit diese nicht auf persönlicher Dispositionsunfähigkeit beruht[36]. Dem Sonderrechtsnachfolger, der eine Hypothek in gutem Glauben erworben hat, können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm bei Erwerbung der Hypothek bekannt waren, oder wenn sie aus dem Grundbuch sich ergeben[37]. Dagegen können Einreden, welche den materiellen Fortbestand des Hypothekenrechts bestreiten, jedem Kläger entgegengesetzt werden[38].

2. Unzuläßige Einreden. Als unzuläßig sind in einzelnen Hypothekengesetzen erklärt:

a. die Einrede der Vorausklage. Unsere H.O. schließen die Einrede der persönlichen Vorausklage aus, indem sie bestimmen, daß der Gläubiger nach seiner Wahl die persönliche oder dingliche Klage stellen könne[39].

---

[34] Vgl. oben § 307, 2.

[35] Vgl. oben § 299, 1 und 9.

[36] Vgl. oben § 299, 7; Regelsberger, H.R. § 17. 24.

[37] Vgl. oben § 293, 9. Nach denjenigen Rechten, welche die Giltigkeit der Cession von der Umschreibung im Hypothekenbuch abhängig machen, kann sich nur der eingetragene Cessionar auf die publica fides des Grundbuchs berufen Mecklenburgische H.O. bei Meibom, H.R. § 30, 27; Altenburg und beide Reuß H.O. § 21 Nr. 4. Dieser in Sachsen H.G. 1843 § 23 Nr. 4 ausgesprochene Grundsatz gilt auch nach dem Recht des Sächsischen B.G.B., obwohl er in dieses nicht aufgenommen ist Siegmann, H.R. § 1. Ebenso ist er nach Oesterreichischem Recht anerkannt Exner, H.R. § 49, 25. Die Eintragung der Einrede im Grundbuch geschieht durch Vormerkung. Die Bestimmung Pr. L.R. I. 20. 425, daß die innerhalb 4 Wochen nach erfolgter Eintragung vorgemerkte Einrede auch gegen denjenigen redlichen Dritten wirken solle, welcher vor Ablauf der 4 Wochen die Hypothek erworben hatte, ist nicht mehr in Geltung Förster Eccius § 199 b, 17.

[38] Exner, H.R. § 36 Nr. 2.

[39] Pr. L.R. I. 20. 49; Förster Eccius § 19, 4. 131. Für die Landestheile des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets, für welche die Preußischen Grundbuchgesetze eingeführt sind, ist dieß besonders vorgeschrieben. E.G. für Neuvorpommern § 8; für Schleswigholstein § 32; für Hohenzollern § 7; ebenso für diejenigen selbstständigen Rechtsgebiete, in welchen die Preußischen Grundbuchgesetze Aufnahme gefunden haben Oldenburg E.E.G. § 37; Sondershausen E.E.G. § 34; Detmold E.E.G. § 37. In Braunschweig war die Einrede schon durch Ges. 21/12 1849 § 1, 1 beseitigt. Ferner ist dieselbe ausgeschlossen Bayern H.G. § 49; Württemberg Pf.G. Art. 116; Sachsen B.G.B.

Digitized by Google

b. Die Einrede des nicht gezahlten Geldes. Gemeinrechtlich ist gegen eine Quittung die exceptio non numeratae pecuniae gegeben in der Art, daß das Bekenntniß über den Empfang des Darlehens erst in zwei Jahren beweiskräftig wird, insoferne der Schuldner in der Zwischenzeit nicht seinen Widerspruch gegen die Beweiskraft zur Geltung gebracht hat[40]. Diese Bestimmungen sind durch Einf.Ges. zur C.Pr.O. § 17 im Allgemeinen beseitigt, und es sind nur die Vorschriften der Hypothekenordnungen für Behandlung dieser Einrede aufrecht erhalten[41]. Solche Bestimmungen finden sich nur in dem Bayrischen[42] Württembergischen[43]

---

§ 426; Darmstadt Pf.G. Art. 81 und 136; Altenburg H.O. § 81; Reuß ä. L. H.O. § 78; Reuß j. L. H.O. § 80; Weimar Pf.G. § 113; Anhalt Pf.G. § 39; Rudolstadt H.O. § 36; Mecklenburg R.R.H.O. § 29, R.St.B.O. § 30. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht, da die Bestimmung A.B.G.B. § 466 durch Min.V. 17/9 1860 dahin interpretirt ist, daß es dem Gläubiger freistehe, die Klage gegen den persönlichen Schuldner oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten Exner, H.R. § 36, 24. Nach Pr. L.R. I. 20. 46 steht dem persönlichen Schuldner, der zugleich Eigenthümer der verpfändeten Sache ist, das beneficium excussionis realis dahin zu, daß der mit der persönlichen Klage Belangte verlangen kann, daß der Gläubiger zuerst aus dem Pfand seine Befriedigung suche. Ob diese Bestimmung noch jetzt anwendbar sei, ist bestritten Förster Eccius § 194, 129. Dem Oesterreichischen Recht ist das beneficium excussionis realis nicht bekannt A.B.G.B. § 465; Exner, H.R. § 36, 23.

[40] Windscheid § 372.

[41] Die Einrede war vielfältig schon länger durch die Landesgesetzgebung zum Theil ohne Vorbehalt für Hypothekbestellungen zum Theil mit solchem Vorbehalt beseitigt s. Stobbe, P.R. § 190, 10. Für die letzteren Rechte ist demnach die Zulässigkeit der Einrede nach den Bestimmungen der Hypothekenordnungen bei Bestand geblieben.

[42] Nach H.G. § 47 kann der Schuldner einer Hypothek, die in einem Geldanlehen besteht, solange seit der Eintragung 30 Tage nicht verstrichen sind, oder wenn er innerhalb 30 Tagen nach der Eintragung die Einrede des nicht empfangenen Geldes durch eine Protestation im Hypothekenbuch hat vormerken lassen, diese Einrede entgegensetzen, und zwar auch dem dritten Erwerber gegenüber, der die Forderung vor Ablauf jener 30 Tage oder nach eingetragener Protestation an sich brachte. Diese Bestimmung war durch Ges. 29/3 1859, welches die Geltung der Einrede im Uebrigen aufhob, dahin geändert, daß wenn die Einrede vor Ablauf von 30 Tagen seit Eintragung der Hypothek geltend gemacht oder innerhalb derselben Frist durch Protestation im Hypothekenbuch sicher gestellt sei, das im Hypothekenprotokoll oder im Hypothekenbrief oder im Hypothekenbuch niedergelegte Empfangsbekenntniß für

Digitized by Google

Sächsischen[44] und Mecklenburgischen Recht[45] erhalten, während die des Preußischen Rechts keine Anwendung mehr findet[46]. Die anderen Hypothekenordnungen enthalten keinen Vorbehalt, nach

---

die bestrittene Auszahlung der Darlehensſumme nicht beweisend sei vgl. Regelsberger, H.R. § 83. II. 5. Durch A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 § 123 ist die Bestimmung des Hypothekengesetzes wieder hergestellt.

[43] Nach Württemberg Pf.G. Art. 87 kann der Schuldner die Einrede gegen den Gläubiger innerhalb 30 Tagen nach der Eintragung vorbringen, oder innerhalb derselben Frist die Verwahrung im Unterpfandbuch vormerken lassen. Ist die Verwahrung nicht erfolgt, so trifft den Schuldner, der die Einrede vorbringt die Beweislast Lang, Sachenrecht § 168, 13.

[44] Nach Sachsen G.O. § 220, Altenburg H.O. § 79, Reuß ä. L. H.O. § 76 und Reuß j. L. H.O. § 78 sichert eine vor Ablauf von 30 Tagen nach Eintragung der Forderung eingetragene Protestation die Einrede gegen den dritten Inhaber, der die Forderung innerhalb jener 30 Tage an sich brachte.

[45] Nach den bei Meibom, H.R. § 23, 33 angeführten Mecklenburgischen H.O. hat der Schuldner die Behauptung, daß das Kapital nicht gezahlt sei, innerhalb 30 Tagen nach der Intabulation der Hypothekenbehörde anzuzeigen, die eine Vormerkung darüber aufzunehmen hat, und innerhalb 30 Tagen nach der Anzeige den Nachweis beizubringen, daß er seine Einwendungen gerichtlich geltend gemacht habe, außerdem die Vormerkung auf Antrag des Gläubigers gelöscht wird.

[46] Pr. L.R. I. 11. 738 ist vorgeschrieben, daß bei Schuldinstrumenten die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt und darin wirklich eingetragen sind, die Vermuthung, daß Valuta nach dem Inhalt des Instruments wirklich gegeben worden ist, erst alsdann eintrete, wenn der Schuldner innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuch habe vormerken lassen. Diese Bestimmung hat durch die neuen Grundbuchgesetze ihre Anwendbarkeit verloren, da nach diesen der Eigenthümer die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Einrede nur durch Vermittlung des Proceßrichters erwirken kann, die im Gesetz vorgesehene Frist von 38 Tagen daher ihre Bedeutung verloren hat. Die Einrede unterliegt nunmehr den allgemeinen Grundsätzen, und es kann demnach dem ursprünglichen Gläubiger und demjenigen, der die Hypothek unentgeltlich erworben hat, die Einrede des nicht empfangenen Geldes ohne die Beschränkung auf die 38 Tage und ohne Rücksicht darauf, ob sie eingetragen ist oder nicht, entgegengehalten werden, wobei jedoch der Beklagte den Beweis zu führen hat, während dieß dem entgeltlichen Erwerber gegenüber nur zuläßig ist, wenn der Einwand aus dem Grundbuch sich ergibt oder dem Cessionar bei der Erwerbung bekannt war Erk. O.Tr. 2/4 1875 Entsch. LXXV. 19; Förster, Gr.B.R. 201; Förster Eccius § 137, 56. Ausdrücklich ausgesprochen ist die Aufhebung für Hypothekeneintragungen E.E.G. Oldenburg § 38; E.E.G. Detmold § 38; E.G. f. Schleswig-Holstein § 32; f. Hannover § 10; f. Ehrenbreitstein § 8; f. Hohenzollern § 7.

Digitized by Google

diesen ist sie also ausgeschlossen. Nach Oesterreichischem Recht ist sie überhaupt nicht gegeben [47].

c. Bei Correalhypotheken ist die Einrede der Theilung ausgeschlossen [48].

d. Die Einrede der Verjährung ist nach einem Theil der Hypothekenordnungen zugelassen [49], nach einem anderen ausgeschlossen [50].

e. Nach Preußischem Recht sind Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers ausgeschlossen [51].

f. Nach Bayrischem Recht kann gegen eine an sich richtige Forderung, die im Hypothekenbuch eingetragen ist, die Einrede des Mangels des richtigen Titels überhaupt nicht vorgebracht werden [52].

g. Nach Württembergischem [53] und Mecklenburgischem Recht [54] ist gegen eine eingetragene Hypothek die Einrede des Macedonianischen Rathschlusses nicht zulässig.

V. Exekution [55]. Die Exekution erfolgt nach den einzelnen Landesrechten verschieden, entweder durch Zwangsversteigerung oder Sequestration nach der Wahl des Gläubigers [56] oder nur subsidiär, wenn die Zwangsversteigerung zu einem Resultat nicht führt [57]. Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Exekution in das Immobiliarvermögen [58].

[47] Sie ist durch die Bestimmung A.B.G.B. § 1001 stillschweigend ausgeschlossen.

[48] Pr. E.E.G. § 42; Regelsberger, H.R. § 79. III. c; Darmstadt Pf.G. Art. 83. 137; Meibom, H.R. § 23, 12.

[49] S. unten § 334, 31.

[50] S. unten § 334, 32.

[51] Pr. E.E.G. § 38, 3.

[52] Bayern H.G. § 16; Regelsberger, H.R. § 49. Dieselbe Bestimmung hat Weimar Pf.G. § 64.

[53] Pf.E.G. Art. 17; Lang, Sachenrecht § 168, 12.

[54] Meibom, H.R. § 23 Nr. 3.

[55] Vgl. Stobbe, P.R. § 114. II; Förster Eccius § 197, 57; Dernburg, Pr. P.R. I. § 343—353; Regelsberger, H.R. § 83—85; Römer, Pf.R. § 46—48; Lang, S.R. § 190; Siegmann, H.R. § 48; Meibom, H.R. § 26; Müller, Pf.R. § 65. 66; Exner, H.R. § 44—46.

[56] Vgl. oben § 310, 18.

[57] Vgl. oben § 310, 20.

[58] Es gelten folgende Gesetze: Preußen Ges. die Zwangsvollstreckung in Immobilien 4/3 1879 und Zwangsvollstreckungsordnung 13/7 1883; Oldenburg Ges. die Zwangsvollstreckung in Immobilien 2/4 1879; Braun-

Digitized by Google

Für das Verfahren bei der Zwangsversteigerung und die Wirkung derselben haben unsere Landesrechte zwei Systeme:

1. nach der einen Classe darf der Zuschlag nur erfolgen, wenn durch das Meistgebot die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Pfandforderungen gedeckt werden, wobei nach dem einen Theil der Landesrechte die vorgehenden Pfandrechte durch die Subhastation nicht berührt werden, demnach auf den Ersteher übergehen [59], während nach dem anderen Theil das Meistgebot durch Baarzahlung erlegt werden muß, wobei die vorgehenden Pfandgläubiger aus dem Erlös befriedigt werden, eine Uebernahme der vorgehenden Hypotheken demnach nur eintritt, wenn dieß unter den Interessenten vereinbart ist [60].

---

schweig Ges. die Zwangsvollstreckung 10/7 1879; Koburg-Gotha Ges. die Zwangsvollstreckung 7/4 1879 und Zusatz 11/4 1881; Sondershausen A. G. zur C.Pr.O. 1/5 1879 § 8—10; Detmold A. G. zur C.Pr.O. 26/7 1879 § 11—13; Schaumburg Ges. die Zwangsvollstreckung 24/4 1880; Bayern Subhastationsordnung 23/2 1879; Sachsen Ges. einige mit der C.Pr.O. zusammenhängende Bestimmungen 4/3 1879 § 10—14, und Z.V.O. 15/8 1884; Württemberg Ges. die Zwangsvollstreckung 18/8 1879; Hessen A. G. zur D. C.Pr.O. 4/6 1879 Art. 49—68; Mecklenburg V. die Zwangsvollstreckung 24/5 1879; Weimar G. die Zwangsvollstreckung 12/5 1879; Meiningen Ges. die Zwangsvollstreckung 21/6 1879; Altenburg A.G. zur D. C.Pr.O. 25/3 1879 § 15—22; Reuß ä. L. A.G. zur C.Pr.O. 3/5 1879 § 33-50; Reuß j. L. Ges. die Zwangsvollstreckung 19/9 1879; Anhalt A.G. zur D. C.Pr.O. 10/5 1879 § 15—22 und Subhastations-O. 10/5 1879; Rudolstadt Ges. die Zwangsvollstreckung 8/8 1879; Lübeck Ges. die Zwangsvollstreckung 16/7 1879; Hamburg Ges. Zwangsvollstreckung 14/7 1879; Bremen A.G. zur D. C.Pr.O. 25/6 1879 § 4 28—44 und Ges. Abänderung der Erbe- und Handfestenordnung 21/9 1879.

[59] Dieses Princip befolgt die Preußische Zw.V.O. § 22. 57 Dernburg, Pr. P.R. I. § 351, 13. Derjenige Theil des Kaufpreißes, der dadurch nicht in Anspruch genommen wird, wird unter die dem Antragsteller nachstehenden Hypothekgläubiger prioritätsmäßig vertheilt, wobei die vertragsmäßige Uebernahme statt Zahlung dem Ersteher gestattet ist Z.V.O. § 116 Dernburg, Pr. P.R. I. § 351. Für die nachstehenden Hypothekgläubiger gelten demnach dieselben Grundsätze wie nach der zweiten Classe für sämmtliche Hypothekgläubiger. Mit der Preußischen Z.V.O. stimmt die neuerdings erlassene für Sachsen § 10 überein.

[60] Nach Württemberg Pf.G. Art. 112 und Z.V.Ges. 18/8 1879 Art. 14 ist, wenn nicht eine Uebernahme der vorgehenden Hypotheken vereinbart ist, der Betrag derselben aus dem baar zu erlegenden Kaufpreis zu bezahlen. Der Zuschlag für ein Gebot, durch welches die dem Antragsteller vorgehenden

Digitized by Google

2. Nach der anderen Classe von Rechten erfolgt der Zuschlag auf das Meistgebot ohne Rücksicht darauf, ob dadurch die dem Antragsteller vorgehenden Hypotheken gedeckt sind [61]. Diese Gesetze gehen von dem Grundsatz aus, daß das Objekt schuldenfrei auf den Erwerber übergehe. Daher erlöschen die Hypotheken mit dem Zuschlag oder jedenfalls mit der Zahlung des Kaufpreißes, soweit nicht durch Vereinbarung mit den Gläubigern eine Uebernahme derselben durch den Erwerber stattfindet, und die Hypothekgläubiger werden aus dem Kaufpreis prioritätsmäßig befriedigt [62], wobei die durch die Kaufsumme nicht gedeckten Hypotheken ausfallen.

Gänzlich verschieden hievon ist die Stellung des französischen Rechts. Dieses hat ein Verfahren ausgebildet, welches weder dem des gemeinen Rechts noch dem des älteren französischen Rechts [63] entspricht, vielmehr als völlige Neugestaltung erscheint. Hiernach unterscheidet sich das Verfahren gegen den persönlich haftenden Schuldner von demjenigen gegen den nicht persönlich haftenden Schuldner darin, daß nur der letztere, wenn er nicht zahlen will, das Pfandobjekt den Gläubigern zur Exekution überlassen kann, wodurch er von jeder weiteren Haftung befreit wird. Nur das letztere Verfahren wird im Gesetzbuch als droit de suite besonders behandelt [64].

Die Grundsätze des französischen Rechts hinsichtlich der Geltendmachung der Immobiliarprivilegien und Hypotheken sind folgende: die Hypothek des französischen Rechts hat zwei Wirkungen, die des Vorrangs (droit de preference), und die des Verfolgungsrechts (droit de

---

Pfandgläubiger nicht sämmtlich gedeckt sind, darf ohne deren Zustimmung nicht ertheilt werden. Dieser letztere Grundsatz gilt ebenso nach Hessen Pf.G. Art. 107, wobei jedoch nach Pf.G. Art. 109 der Richter zu bestimmen hat, ob die Befriedigung der vorstehenden Hypotheken oder die Uebernahme derselben dem Ersteher zur Bedingung zu machen sei.

[61] Dieser Grundsatz gilt nach den übrigen Deutschen Rechten außer den Note 59 und 60 aufgeführten und nach dem Oesterreichischen Recht, wogegen sich Exner, H.R. § 366, 1 mit Recht erklärt. Ebenso sprechen sich dagegen aus Salpius Gutachten in den Verhandlungen des XII. Deutschen Juristentags I. 117 und Heinsen ebenda I. 134; Bähr in Ihering, Jahrb. XII. 184—214.

[62] Stobbe, P.R. § 114, 20.

[63] Ueber die Hypothekenklage des älteren französischen Rechts vgl. Troplong, n. 779. Das in der nachfolgenden Darstellung von der Hypothek Gesagte gilt ebenso von den Immobiliarprivilegien.

[64] C. c. Art. 2114. 2116.

Digitized by Google

suite)[65]. Das erste ist bestimmend für das Rechtsverhältniß des persönlich haftenden Eigenthümers, das letztere für das des dritten Besitzers des Pfandobjekts, der nicht persönlich haftet. Die Wirkung der inskriptionsfreien und die der inskribirten Hypothek besteht darin, daß sie allen chirographischen Forderungen in der Wirkung gegen das Pfandobjekt vorgeht, und daß die Hypotheken unter sich nach der gesetzlichen Ordnung rangiren. Die Geltendmachung der Hypothekforderung gegen den persönlich haftenden Eigenthümer erfolgt in derselben Form wie die Geltendmachung einer Forderung gegen die Immobilien jedes Schuldners[66]. Nur darin unterscheidet sich die Zwangsvollstreckung aus einer solchen Hypothek von der Zwangsvollstreckung für andere Forderungen, daß sie nur gegen die Hypothekenobjekte gerichtet werden kann, insoferne diese zur Befriedigung der Forderung ausreichen[67]. Gegen den persönlich haftenden Schuldner ist also nach französischem Recht nicht die actio hypothecaria gegeben, sondern es wird gegen ihn wie bei Geltendmachung jeder Forderung gegen die Immobilien eines Schuldners verfahren (Saisie immobilière). Die actio hypothecaria des französischen Rechts ist nur gegen den Drittbesitzer gegeben, der nicht der persönlich haftende Schuldner ist. Dieser ist verpflichtet, dem Unterpfandsgläubiger, dessen Forderung inskribirt oder von der Inskription befreit ist[68], die Schuld, insoferne dieselbe fällig ist, zu bezahlen, oder die Liegenschaft aufzugeben[69]. Der Gläubiger hat zu diesem Behuf dem Besitzer, wenn dieser nicht von dem Purgationsverfahren Gebrauch gemacht[70] oder freiwillig bezahlt bezw. die Liegenschaft aufgegeben hat[71], die Aufforderung zur Zahlung oder zum Aufgeben der Liegenschaft und zugleich dem Schuldner einen Zahlungsbefehl zugehen zu lassen[72]. Hat der Besitzer

[65] C. c. Art. 2134. 2166; Zachariä § 283, 4.

[66] C. c. Art. 2204 f.; C. de pr. Art. 673 folg.; Zachariä § 581.

[67] C. c. Art. 2209; Zachariä § 581, 12.

[68] Nach einer andern Meinung sollen inskriptionsfreie Legalhypotheken gegen den dritten Besitzer nur verfolgt werden können, wenn sie vorher inskribirt worden sind, s. dagegen Zachariä § 287, 7; Aubry § 269, 10.

[69] C. c. Art. 2168.

[70] C. c. Art. 2167. Ueber das Purgationsverfahren vgl. oben § 309, 95.

[71] C. c. Art. 2168. 2169. Der Eigenthümer hat auch ohne Sommation das Recht, das Objekt aufzugeben Zachariä § 287, 11. 29.

[72] C. c. Art. 2169.

Digitized by Google

nicht in 30 Tagen nach der Aufforderung das Purgationsverfahren eingeleitet oder gezahlt oder erklärt, daß er die Liegenschaft aufgebe, so kann der Gläubiger das Objekt zur Versteigerung bringen[73]. Die Liegenschaft aufgeben kann nur derjenige, der nicht für die Forderung persönlich haftet[74]; durch Einleitung des Purgationsverfahrens geht das Recht verloren[75]. Der Eigenthümer entäußert sich durch das Aufgeben nur des Besitzes, nicht des Eigenthums. Es wird auf Antrag des zuerst sich meldenden Gläubigers ein Curator gewählt, und gegen diesen für alle betheiligten Gläubiger die Versteigerung betrieben[76]. Bis zum endgiltigen Zuschlag darf der Eigenthümer die Liegenschaft wieder an sich ziehen, wodurch er die Verpflichtung übernimmt, alle auf der Liegenschaft ruhenden Forderungen vollständig zu berichtigen[77]. Ergibt sich bei der Versteigerung ein Mehrerlös, so bleibt ihm dieser[78]. Bei zufälligem Untergang hat er keinen Anspruch auf Entschädigung[79]. Der dritte Besitzer, der die Liegenschaft aufgibt, haftet den hypothekarischen Gläubigern für den Schaden, den die Liegenschaft durch seine Schuld oder Fahrläßigkeit erlitten hat[80]. Die auf dieselbe verwendeten Kosten kann er nur zurückfordern, wenn die Liegenschaft durch diesen Aufwand zur Zeit der Versteigerung einen höheren Werth hatte[81]. Hat der dritte Besitzer weder gezahlt noch die Liegenschaft aufgegeben, so wird gegen ihn mit der Zwangsversteigerung verfahren[82]. Dem Eigenthümer steht jedoch nach den gesetzlichen Bestimmungen die Einrede der Vorausklage des Schuldners zu, wenn für dieselbe

---

[73] Vgl. unten Note 82.

[74] C. c. Art. 2172; Zachariä § 287, 45.

[75] Zachariä § 287, 42; Puchelt, H.R. § 82, 13.

[76] C. c. Art. 2174, 2; Puchelt, H.R. § 82, 17.

[77] C. c. Art. 2173; Puchelt, H.R. § 82, 18; Zachariä § 287, 34.

[78] Zachariä § 287, 33.

[79] Zachariä § 287, 33; Puchelt, H.R. § 82, 20.

[80] C. c. Art. 2175; Zachariä § 287, 36; Puchelt, H.R. § 82, 30.

[81] C. c. Art. 2275; Zacharia § 287, 38.

[82] C. c. Art. 2169; Zachariä § 287, 19. Die Unterscheidung gegenüber dem Verfahren bei dem Aufgeben des Objekts liegt darin, daß durch das letztere der Eigenthümer von der Durchführung der Subhastation befreit wird, das von den Gläubigern durch einen Curator zu betreiben ist Puchelt, H.R. § 82, 17.

Digitized by Google

Schuld noch andere im Besitz desselben befindliche Liegenschaften verpfändet sind[83]; ob noch andere Einreden ist bestritten[84]. Allgemein wird die Einrede, daß der Gläubiger ihm Gewähr für die Liegenschaft zu leisten habe, für zuläßig gehalten[85]. Für die Subhastation sind in den einzelnen Rechtsgebieten des französischen Rechts in Deutschland jetzt folgende Gesetze maßgebend:

Preußische Rheinprovinz: Subhastationsordnung 1/8 1822; Gesetz 4/3 1879 Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Bayern Pfalz: Subhastationsordnung 23/2 1879. Baden: Einführungsgesetz der Reichsjustizgesetze 3/3 1879 § 41—98. V. das Verfahren bei Zwangsvollstreckung in Liegenschaften betr. 25/7 1879. Hessen-Darmstadt, Rheinhessen: A.G. zur D. C.Pr.O. 4/6 1879 Art. 110—181. Elsaß-Lothringen Gesetz 1/12 1873 Zwangsverkauf der Liegenschaften und 30/4 1880 Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Auch nach französischem Recht gilt der Grundsatz, daß die bei prioritätsmäßiger Vertheilung des Kaufpreißes nicht gedeckten Immobiliarprivilegien und Hypotheken erlöschen[86].

---

§ 314.

2. Die Grundschuldklage.

Nach Preußischem Recht und den daraus abgeleiteten Landesrechten ist zur Geltendmachung der Grundschuld dieselbe Klage

---

[83] C. c. Art. 2170; Zachariä § 287, 21. Die Einrede kann jedoch weder den Gläubigern die ein Privilegium noch denjenigen die eine Specialhypothek haben, entgegengesetzt werden C. c. Art. 2171; Zachariä § 287, 26.

[84] So hält Zachariä § 287, 28 die Einrede, daß der Beklagte wegen einer Handlung des Gläubigers nicht in dessen sämmtliche Rechte eintreten könne für zuläßig s. dagegen Aubry § 287, 30. Für zuläßig hält Puchelt, H.R. § 82, 24 die Einrede der Befristung, des Mangels der Sommation und der Anfechtung des Rechts, auf welchem die Verfolgung beruht. Nicht mehr zuläßig sind die in dem älteren Recht begründeten Einreden der Priorität einer dem dritten Besitzer zustehenden Forderung, der Retention wegen Verwendungen auf das Objekt und der Klagencession Aubry § 287, 26; Puchelt, H.R. § 82, 27—29a.

[85] Zachariä § 287, 27; Aubry § 287, 25; Puchelt, H.R. § 82, 26.

[86] Vgl. unten § 321, 47.

Digitized by Google

gegeben wie zur Geltendmachung der Hypothek, nämlich die hypothekarische Klage[1]. Für die Klage aus der Grundschuld sind daher die für die Klage aus der Hypothek geltenden Grundsätze maßgebend mit folgenden Ausnahmen:

1. Legitimirt zur Klageerhebung ist jeder Inhaber des Grundschuldbriefs dann, wenn dieser mit einer Blankocession versehen ist[2].

2. Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur soweit zuläßig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen, oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder als die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt geworden sind. Hiebei ist bestritten, inwieferne Einreden aus dem zu Grund liegenden Rechtsverhältniß unter den ursprünglichen Contrahenten vorgebracht werden können. Die eine Ansicht hält dieselben unter diesen für unbeschränkt zuläßig, so daß in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen Grundschuld und Hypothek nicht besteht[4]. Die andere Ansicht will Einreden aus dem zu Grund liegenden Schuldverhältniß nur zulassen, insoferne die Ungiltigkeit desselben die Ungiltigkeit der Eintragungsbewilligung zur Folge hat[5], und nach einer dritten Ansicht sind nur da, wo die Grundschuld zur Sicherheit eines persönlichen Anspruchs bestellt ist, Einreden daraus zuläßig[6].

Die gleiche Stellung wie das Preußische Recht nehmen diejenigen Mecklenburgischen Hypothekenordnungen ein, welche die selbstständige Hypothek angenommen haben[7]. Auch nach diesen

---

[1] Pr. E.E.G. § 37; „Durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage begründet". Pütter in Magazin für das Deutsche Recht IV. 131 hebt mit Recht hervor, daß für beide Formen der Belastung die gleiche Klage gegeben sei.

[2] Pr. E.E.G. § 55: „Grundschulden können ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden (Blankocession). Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht... die dingliche Klage anzustellen."

[3] Pr. E.E.G. § 38, 1. Dieselbe Bestimmung haben Oldenburg E.E.G. § 38; Coburg-Gotha E.E.G. § 38; Detmold E.E.G. § 38; Schaumburg E.E.G. § 67.

[4] Dieser Ansicht sind Dernburg, Pr. P.R. I. § 342 Nr. 1; Stobbe, P.R. § 114, 5; Pütter in Magazin IV. 136.

[5] Dieser Ansicht sind Achilles Ges. 236, 1. c; Förster Eccius § 199 b, 20.

[6] Dieser Ansicht sind Bahlmann, Gr.B.R. 153; Colberg, öffentlicher Glaube 143 f.; Rudolph, accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 275.

[7] Vgl. oben § 294, 4.

Digitized by Google

gelten für die Klage die gleichen Grundsätze wie für die Klage aus der accessorischen Hypothek, und es ist nur insoferne ein Unterschied hinsichtlich der Einreden gegeben, als bei diesen Einreden aus dem zu Grund liegenden Rechtsverhältniß, insoweit sie nicht überhaupt gesetzlich ausgeschlossen sind[8], gegen den ursprünglichen Gläubiger nur gegeben sind, insoferne dieser durch die Eintragung eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangt hat[9]. Im Uebrigen gilt auch nach diesen Hypothekenordnungen der Grundsatz, daß sich der Verpflichtete nur solcher Einreden bedienen kann, welche ihm nach Maßgabe des Hypothekenbuchs oder Hypothekenscheines oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen[10].

Abschnitt 7.

Uebergang der Hypotheken und Grundschulden.

Abtheilung 1.

Uebergang der Hypotheken.

§ 315.

I. Die Cession[1].

Das hypothekarische Recht geht wie andere Rechte mit der Forderung im Weg der Erbfolge auf die Erben über[2]. Unter Lebenden geht das hypothekarische Recht durch Vertrag (Cession), durch Gesetz (hypothekarische Succession § 316), oder durch richterliche Zuweisung[3] über. Für die Uebertragung des hypothekarischen Rechts durch Cession gelten folgende Grundsätze:

I. Der Gläubiger hat die Befugniß, die durch Hypothek

---

[8] Ueber die Einreden, welche nach Mecklenburgischem Recht allgemein ausgeschlossen sind vgl. Meibom, H.R. § 23, 27 folg.

[9] Meibom, H.R. § 23, 25.

[10] R.R.H.O. § 27; R.St.B.O. § 38; Meibom, H.R. § 30, 19.

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. § 325; Förster Eccius § 199a. I; Regelsberger, H.R. § 87. 88; Lang, Sachenrecht § 185; Siegmann, H.R. § 31. 32; Müller, Pf.R. § 67; Meibom, H.R. § 28—30; Exner, H.R. § 49—56.

[2] Sachsen B.G.B. § 437; Exner, H.R. § 48, 1.

[3] Vgl. über diese Regelsberger, H.R. § 87, 11.

Digitized by Google

versicherte Forderung zu cediren[4]. Vorausgesetzt wird, daß die Forderung überhaupt cedirt werden könne[5], und daß der Verfügung des Gläubigers kein Hinderniß im Weg steht, entweder indem durch Eintragung einer Dispositionsbeschränkung dem Gläubiger die Verfügung über die Forderung entzogen ist[6], oder auf Grund eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes, welches in das Hypothekenbuch eingetragen oder durch Protestation sichergestellt ist[7]. Verpfändung der Hypothekforderung steht der Cession nicht entgegen, da das Pfandrecht auch gegen den Cessionar wirkt[8].

II. Die Hypothek kann nur in Verbindung mit der Forderung übertragen werden[9]; Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung ist nichtig[10]. Wird die Forderung ohne die Hypothek abgetreten, so erlischt die letztere[11]. In der rechtsgiltigen Cession der Forderung ist die Uebertragung der Hypothek von selbst gegeben[12].

---

[4] Pr. L.R. I. 20. 511; Pr. E.E.G. § 52—55; Bayern H.G. § 53; Württemberg Pf.G. § 84. 85; Sachsen B.G.B. § 438; Hessen Pf.G. Art. 92; Altenburg H.O. § 84—87; Reuß ä. L. H.O. § 81—83; Reuß j. L. H.O. § 83—85; Weimar Pf.G. § 72. 73. § 80—83; Rudolstadt H.O. § 31—34; Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 35. Das Oesterreichische Gr.B.G. enthält keine Bestimmungen über Cession von Hypotheken, diese richtet sich nach den Bestimmungen A.B.G.B. § 1392—1399.

[5] Es entscheiden hierüber die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze vgl. Windscheid § 335; Förster Eccius § 99. III; Sachsen B.G.B. § 964—966. Ueber das Oesterreichische Recht vgl. Exner, H.R. § 51. Sicherheitshypotheken sind nur soweit der Abtretung fähig, als das Grundverhältniß abgetreten werden kann Regelsberger, H.R. § 89, 7; Siegmann, H.R. § 31, 8.

[6] Vgl. oben § 312.

[7] Regelsberger, H.R. § 65, 7; Exner, H.R. § 27, 29.

[8] Erk. München 22/10 1870 Sammlung I. 2.

[9] Pr. E.E.G. § 52; Förster Eccius § 190a, 1; Bayern H.G. § 87, 3; Sachsen B.G.B. § 384; Altenburg H.O. § 84; Reuß ä. L. H.O. § 81; Reuß j. L. H.O. § 83; Darmstadt Pf.G. Art. 92, 1; Weimar Pf.G. Art. 72; Rudolstadt H.O. § 32.

[10] Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 18; Regelsberger, H.R. § 87, 5. Dieß gilt auch nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 49, 13.

[11] Regelsberger, H.R. § 87, 3; Sachsen B.G.B. § 456. Dieß gilt nicht nach Oesterreichischem Recht, nach welchem das Pfandrecht in diesem Fall vielmehr dem Cedenten verbleibt.

[12] Braunschweig E.E.G. § 53; Bayern H.G. § 53 Regelsberger, § 87, 2;

Digitized by Google

III. Für das Verfahren bei der Ceſſion ſind im Allgemeinen die Beſtimmungen des Civilrechts maßgebend [13]. Indeſſen ſind in Folge der Hypothekenrechtlichen Einrichtungen folgende Modifikationen gegeben:

1. Nach dem einen Theil der Hypothekenordnungen ſetzt die giltige Ceſſion Eintragung in das Hypothekenbuch voraus. Nach Sächſiſchem Recht iſt Vorlage des Ceſſionsvertrags in urkundlicher Form und Eintragung im Hypothekenbuch erforderlich [14]. Nach Heſſen-Darmſtädtiſchem Recht iſt die Vorlage des Hypothekenbriefs und des Ceſſionsvertrags in einer öffentlichen oder hinſichtlich der Unterſchrift gehörig beglaubigten Urkunde und Eintragung im Hypothekenbuch erforderlich [15]. Nach den Rechten von Weimar [16], Meiningen [17] und Rudolſtadt [18] iſt Benachrichtigung des Schuldners und Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich. Nach dem Anhaltiſchen Gr.B.G. iſt dieſes Erforderniß nur bei Theilceſſionen gegeben [19].

2. Ein anderer Theil der Rechte macht die Giltigkeit der

Württemberg Pf.G. Art. 92; Darmſtadt Pf.G. Art. 98; Altenburg H.O. § 85; Reuß ä. L. H.O. § 82; Reuß j. L. H.O. § 84; Weimar Pf.G. § 73; Rudolſtadt H.O. § 33. Dieß iſt auch nach Oeſterreichiſchem Recht anzunehmen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht iſt Exner, H.R. § 49, 10, ebenſo nach Preußiſchem Recht Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 20. Dagegen gilt dieß nicht nach Sachſen B.G.B. § 386.

[13] Regelsberger, H.R. § 87 nach Note 1.

[14] Sachſen B.G.B. § 438; G.O. 1865 § 145; Altenburg H.O. § 86. 145; Reuß ä. L. H.O. § 83. 144; Reuß j. L. H.O. § 85. 145. Nach Altenburg H.O. § 86 und Reuß j. L. H.O. § 85 iſt noch Benachrichtigung des Schuldners erforderlich.

[15] Pf.G. Art. 92, 2; L.G. Inſtr. § 35; Müller, Pf.R. § 67, 5. Der Schuldner kann, wenn er vom Ceſſionar benachrichtigt iſt, an den Cedenten nicht mehr giltig zahlen. Zur Zahlung an den Ceſſionar verpflichtet iſt er erſt nach Eintragung der Ceſſion.

[16] Weimar Pf.G. § 80.

[17] Meiningen Gr.B.G. Art. 10.

[18] Rudolſtadt H.O. § 34. 76. 77.

[19] Nach Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 35 iſt zur Ceſſion hypothekariſcher Forderungen die ſchriftliche Form und Uebergabe des Dokuments erforderlich. Theilceſſionen bedürfen jedoch nach Gr.B.G. 11/3 1877 § 6a zu ihrer Giltigkeit der Eintragung.

Digitized by Google

Cession von der Eintragung nicht abhängig[20], sie ist jedoch erforderlich, um den Cessionar gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu schützen[21]. Nach Bayrischem Recht setzt die Abtretung einer Hypothekforderung notarielle Verbriefung der Abtretungserklärung voraus[22]. Die Cession ist mit Abschluß des Vertrags perfekt, und ihre Wirksamkeit richtet sich nach civilrechtlichen Grundsätzen[23]. Eintragung der Cession ist zur Giltigkeit derselben nicht erforderlich[24], der Cessionar kann dieselbe jedoch auf Grund der Cessionsurkunde beantragen[25]. Der Uebergang der Forderung wird nach erfolgter Eintragung auf dem Hypothekenbrief bemerkt, und dem Schuldner amtlich notificirt[26]. Die Eintragung hat den Zweck den Cessionar gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu schützen[27], und hat die Wirkung, daß dem Schuldner gegenüber der Cessionar ganz an

---

[20] Es gilt dieß nach den Rechten von Bayern, Württemberg, Oesterreich und nach mehreren Mecklenburgischen Hypothekenordnungen.

[21] Der nicht eingetragene Cessionar ist namentlich gegen eine anderweitige Cession nicht geschützt, da der eingetragene Gläubiger zur Verfügung über das Hypothekenrecht legitimirt ist, der nichteingetragene Cessionar daher eine in das Hypothekenbuch eingetragene zweite Cession anerkennen muß Regelsberger, H.R. § 87, 18; Lang, Sachenrecht § 185, 15; Exner, H.R. § 49, 26.

[22] Früher war es bestritten, ob die Cession von Hypothekforderungen dem Notariatszwang unterliege s. darüber Regelsberger, H.R. § 87, 12; durch Ges. 29/4 1869 § 60 ist die bejahende Meinung anerkannt vgl. Regelsberger, H.R. § 87, 14. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Erklärung des Cedenten; die auch nach Bayrischem Recht erforderliche Annahme des Cessionars bedarf der Verbriefung nicht, und kann auch stillschweigend erfolgen Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 2.

[23] Namentlich ist Benachrichtigung des Schuldners erforderlich. Gegen den Schuldner, der in entschuldbarer Unkenntniß von der Cession an den Cedenten bezahlt hat, steht dem Cessionar ein Anspruch nicht zu Regelsberger, H.R. § 88, 3.

[24] Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 4; die entgegengesetzte Angabe in meinem Bayr. C.R. (1) § 192, 29 entbehrt der Begründung.

[25] H.G. § 167; Regelsberger, H.R. § 87, 19.

[26] H.G. § 167 und 157.

[27] H.G. § 26, 6. Der Cessionar muß die nachtheiligen Folgen wider sich gelten lassen, welche aus unterlassener Eintragung der Cession entstehen. Ist die Cession nicht eingetragen, so kann der Cedent durch anderweitige Cession und Eintragung derselben im Hypothekenbuch das Recht auf einen anderen Cessionar übertragen Regelsberger, H.R. § 87, 18.

Digitized by Google

die Stelle des Cedenten tritt[28]. Nach Mecklenburgiſchem Recht iſt für die Ceſſion keine Form vorgeſchrieben. Die Eintragung, die nur auf Antrag der Betheiligten erfolgt, hat nur den Zweck, dem Ceſſionar die Vortheile der Publicität zu ſichern[29]. Nach Württembergiſchem Recht bedarf die Ceſſion keiner Form[30]. Die Eintragung, die nur auf Antrag des Ceſſionars erfolgt, hat den Zweck, denſelben gegen Verfügungen des Cedenten zu ſchützen[31], und zugleich dem Schuldner gegenüber die Ceſſion in Wirkſamkeit zu ſetzen[32]. Nach Oeſterreichiſchem Recht ſetzt die Ceſſion einer Hypothekforderung einen Ceſſionsvertrag voraus, der an keine Form gebunden iſt[33], und durch welchen das Forderungsrecht auf den Ceſſionar übergeht. Der Uebergang des Pfandrechts wird nach Oeſterreichiſchem Recht nur durch Eintragung im Grundbuch vermittelt[34]. Gleichwohl gewährt die Praxis dem Ceſſionar, auch wenn die Ceſſion nicht in das Grundbuch eingetragen iſt, die Hypothekenklage gegen den Schuldner[35].

---

[28] Regelsberger, H.R. § 88, 1. Der Schuldner kann von Eintragung der Ceſſion an nicht mehr giltig an den Cedenten zahlen H.G. § 157.

[29] Vgl. Meibom, H.R. § 29. Nach Mecklenburgiſchem Recht iſt die Abtretung formlos; in der Regel wird eine Abtretungsurkunde ausgeſtellt Meibom, H.R. § 29, 7. Der Uebergang der Hypothek erfolgt durch Vertrag, obwohl der Ceſſionar ohne Aushändigung des Hypothekenſcheins, der deßhalb regelmäßig erfolgt, die Rechte des Gläubigers nicht ausüben kann Meibom, H.R. § 29, 6. Nach einzelnen Mecklenburgiſchen Hypothekenordnungen iſt Genehmigung des Eigenthümers erforderlich, die im Fall der Verweigerung durch Klage erzwungen werden kann Meibom, H.R. § 29, 23.

[30] Hegler, Recht der Forderungen § 27, 4.

[31] Württemberg Pf.G. Art. 85. Der Ceſſionar kann nur durch Eintragung eine anderweitige Ceſſion durch den Cedenten hindern Lang, Sachenrecht § 185, 15.

[32] Württemberg Pf.G. Art. 85. Iſt die Ceſſion nicht eingetragen, ſo kann der Ceſſionar eine dem urſprünglichen Gläubiger in gutem Glauben geleiſtete Zahlung nicht anfechten.

[33] Exner, H.R. § 49, 6.

[34] Es folgt dieß aus A.B.G.B. § 445; Exner, H.R. § 49, 7. Auch nach Oeſterreichiſchem Recht iſt daher der Ceſſionar nur durch Eintragung gegen weitere Verfügung des Cedenten geſchützt Exner, H.R. § 49, 26.

[35] Exner, H.R. § 49, 19. Der nicht eingetragene Ceſſionar wird dabei als Vertreter zu eignem Vortheil des eingetragenen Gläubigers angeſehen Exner, H.R. § 49, 21. Er kann ſich deßhalb auf die publica fides des Grundbuchs nicht berufen Exner, Publicitätsprincip § 78, 37 und H.R. § 49, 25.

Digitized by Google

3. Nach Preußischem Grundbuchrecht ist der Erwerb der Hypothek durch Abtretung von der Eintragung nicht abhängig[36]. Die Abtretung setzt bei Hypotheken, für welche ein Hypothekenbrief ausgefertigt ist, und bei Buchhypotheken über 150 Mark einen schriftlichen Cessionsvertrag voraus[37]. Die Wirkung der Abtretung gegenüber dem Schuldner richtet sich nach den civilrechtlichen Bestimmungen[38]; indessen wird der Cessionar dem Eigenthümer gegenüber zur Geltendmachung seiner Rechte auf Zahlung bei Hypotheken, für welche ein Brief ausgestellt ist, durch den Hypothekenbrief legitimirt[39]. Die Eintragung der Abtretung, die für den Cessionar mannigfache Vortheile bringt[40], kann verfügt werden, wenn der cedirende Gläubiger sie bewilligt[41]. Nach Anhaltischem Recht ist zur Giltigkeit der Cession schriftliche Form und Uebergabe des Dokuments erforderlich; Eintragung ist nur für Theilcessionen vorgeschrieben[42].

IV. Die Abtretung kann sich auf die ganze Forderung erstrecken, oder auf einen Theil derselben beschränken[43], wobei, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, dadurch die Theil-

---

[36] Pr. E.E.G. § 54; Pr. Gr.B.O. § 82.

[37] Nach Pr. L.R. I. 11. 394 ist Schriftlichkeit für Cessionen von Schuldforderungen, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, erforderlich; für Briefhypotheken ist daher Aufnahme eines schriftlichen Cessionsvertrags erforderlich. Bei Hypotheken, für welche ein Brief nicht ausgefertigt ist, ist ein schriftlicher Cessionsvertrag nur dann erforderlich, wenn sie über 150 Mark betragen Dernburg, Pr. P.R. I. § 325 Nr. 1.

[38] Vgl. über diese Dernburg, Pr. P.R. I. § 85; Förster Eccius § 99. 157 f.

[39] Pr. L.R. I. 11. 395; Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 5; Bahlmann, Gr.B.O. § 201 f. Allgemein vorgeschrieben ist für die Giltigkeit der Cession die Uebergabe des Hypothekenbriefs Braunschweig E.E.G. § 55; Anhalt Pf.G. 1870 § 35.

[40] Durch die Eintragung erhält der Cessionar erhöhte Sicherheit, und er wird dadurch ohne Weiteres zu allen Rechtshandlungen legitimirt Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 8. 10; Achilles Ges. 289. Auch wird durch die Eintragung die Abtretung unter den Schutz des öffentlichen Glaubens gestellt.

[41] Pr. E.E.G. § 53. Ueber das Verfahren bei der Eintragung vgl. Gr.B.O. § 79. 80; Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 11.

[42] Vgl. oben Note 19.

[43] Exner, H.R. § 50, 31 folg.; Meibom, H.R. § 29, 4; Pr. Gr.B.O. § 83; Bayern, H.G. § 154; Oesterreich Gr.B.G. § 13. Für Theilcessionen ist eine besondere Form vorgeschrieben in Pr. Gr.B.O. § 83.

Digitized by Google

cession entstandenen Hypothekforderungen sich im Rang gleich stehen[44].

V. Die Abtretung kann nach einzelnen Rechten an den Inhaber geschehen[45]; nach den übrigen ist Abtretung nur an einen benannten Gläubiger zuläßig[46]. Nach Preußischem Recht können nur Grundschulden nicht aber Hypotheken ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden[47]. Nach mehreren Hypothekenrechten ist auch Cession der Hypothek an den Eigenthümer zuläßig[48].

VI. Wirkung. Durch die Cession geht die Hypothek auf den Cessionar in der Art über, daß derselbe an die Stelle des Cedenten tritt, und dieser aufhört Gläubiger zu sein[49]. Der Cessionar erwirbt die Hypothekforderung als Gläubiger, und kann die Rechte daraus ausschließlich geltend machen.

Nach französischem Recht gehen Immobiliarprivilegien und Hypotheken wie andere Forderungsrechte auf die Erben über[50]. Unter Lebenden gehen Immobiliarprivilegien und Hypotheken durch das Gesetz (Hypothekarische Succession, Subrogation § 317) oder Vertrag (Cession) über. Für die Cession gelten folgende Grundsätze:

---

[44] Bayern H.G. § 154; Darmstadt Pf.G. Art. 100; Regelsberger, H.R. § 88 nach Note 8; Exner, H.R. § 64, 4.

[45] Für Bayern, dessen Hypothekengesetz eine direkte dahin gehende Bestimmung nicht enthält, nimmt die Zuläßigkeit an Regelsberger, H.R. § 88 Nr. 5, und es ist ihm darin beizustimmen. Früher war dieß gewöhnlich bei der Emission von Partialobligationen, welche auf Theilcessionen aus einer für einen benannten Gläubiger eingetragenen Hauptforderung beruhten Seuffert in Bl. XI. 1—13; Regelsberger, H.R. § 88, 13; Gönner, Commentar II. 282. Die gleiche Einrichtung ist in Württemberg in Uebung Lang, Sachenrecht § 192. I, und ist Darmstadt Pf.G. Art. 93 als zuläßig anerkannt.

[46] Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Pr. Gr.B.O. § 80 und Braunschweig E.E.G. § 55 Nr. 4. Es gilt aber auch nach den anderen H.O. die eine entgegenstehende Bestimmung nicht enthalten.

[47] Pr. E.E.G. § 55; Dernburg, Pr. P.R. I. § 326.

[48] Vgl. unten § 316, 63. 72. 83.

[49] Es wird jetzt auch gemeinrechtlich die Cession als Sondernachfolge in die Forderung aufgefaßt Windscheid § 329, 10, womit Pr. L.R. I. 11. 376. 377. 402 und Bayr. L.R. II. 3. 8 Nr. 8. 9 übereinstimmen. Dieß ist auch der Standpunkt des Bayrischen Hypothekenrechts Regelsberger, H.R. § 88, des Mecklenburgischen Rechts Meibom, H.R. § 30, 1, und des Oesterreichischen Rechts Exner, H.R. § 53, 7.

[50] Zachariä § 288, 1; Puchelt, H.R. § 52, 1.

Digitized by Google

1. Nach französischem Recht können sowohl Immobiliarprivilegien[51] als Legalhypotheken[52], Judicialhypotheken[53] und Conventionalhypotheken[54] cedirt werden.

2. In der Abtretung der Forderung ist nach französischem Recht die Abtretung der Hypothek von selbst gegeben[55]. Ob die Hypothek von der Forderung losgelöst auf eine andere Forderung übertragen werden könne, ist nach französischem Recht bestritten[56].

3. Für die Cession der Hypothekforderungen gelten die allgemeinen Regeln. Die Cession ist an keine Form gebunden, setzt jedoch Bekanntgabe an den Schuldner voraus[57]. Inskription der Cession ist nicht erforderlich aber zulässig[58].

4. Bei Theilcessionen gilt auch nach französischem Recht der Grundsatz, daß wenn nichts anderes bestimmt ist, die durch die Theilung entstandenen selbstständigen Posten im Rang sich gleich stehen[59].

5. Nach französischem Recht ist Cession einer Hypothekforderung an den Inhaber nicht für unzulässig zu halten[60].

6. Nach französischem Recht erwirbt der Cessionar die Hy-

---

[51] C. c. Art. 2112; Puchelt, H.R. § 31, 1.

[52] Puchelt, H.R. § 43. Dieß erstreckt sich nicht auf die Legalhypothek der Bevormundeten während der Vormundschaft, die nicht cedirt werden kann Puchelt, H.R. § 43, 2.

[53] C. c. Art. 1692; Puchelt, H.R. § 52, 3.

[54] C. c. Art. 1692; Puchelt, H.R. § 52, 3.

[55] C. c. Art. 1692; Zachariä § 288, 3. Es kann dieß auch in der Form der Subrogation geschehen, indem der Gläubiger, der von einem Dritten Zahlung erhält, diesen vertragsmäßig in alle seine Rechte einsetzt C. c. Art. 1250, 1; Zachariä § 321, 4.

[56] Gegen die Zulässigkeit erklärt sich Aubry § 288, 2; für dieselbe Zachariä § 288, 4; in mehreren Deutschen Landesrechten ist die Zulässigkeit anerkannt.

[57] C. c. Art. 1689. 1690; Zachariä § 359, 9.

[58] Zachariä § 270, 10. Nur die Cession der Legalhypothek der Ehefrau macht nach Transfr.Ges. 23/3 1855 Art. 9 eine Ausnahme.

[59] Aubry § 288, 18; Puchelt, H.R. § 31, 4. A. M. Zachariä § 288, 6. 7. der den Cedenten bei Collision mit dem Cessionar diesem nachstellt, und bei nicht gleichzeitiger Cession an mehrere dem der Zeit nach älteren Cessionar den Vorzug einräumt.

[60] Puchelt, H.R. § 11, 2.

Digitized by Google

pothekforderung als Gläubiger, und kann die Rechte daraus ausschließlich geltend machen [61].

---

§ 316.

II. Die hypothekarische Succession [1].

Der Uebergang des Pfandrechts auf einen neuen Gläubiger kann in der Art geregelt sein, daß sich derselbe ohne Zustimmung des bisherigen Gläubigers durch das Gesetz vollzieht. Jenachdem dieser Uebergang auf einen neuen Gläubiger oder auf den Eigenthümer erfolgt, unterscheidet man die hypothekarische Succession und die Eigenthümerhypothek.

A. Hypothekarische Succession.

Vermöge der hypothekarischen Succession tritt für einen neuen Gläubiger eine Nachfolge in die Rechte eines früheren Pfandgläubigers ohne dessen Zustimmung kraft Gesetzes ein. Die hypothekarische Succession, die im römischen Recht ausgebildet war [2], hat auch in unseren neuen Hypothekenordnungen Aufnahme gefunden [3], und gehört also unserem neueren Hypothekenrecht an [4]. Die Meinungen darüber wie sich dieser Uebergang vollziehe sind getheilt, indem die einen Uebergang des Pfandrechts ohne die

---

[61] C. c. Art. 2112.

[1] Vgl. Roth, hypothekarische Succession und Eigenthümerhypothek A. f. C.Pr. LXII. 97 f.; Rudolph, accessorische oder selbstständige Hypothek. A. f. C.Pr. LXVII. 208; Römer, Pf.R. § 42. Da die Eigenthümerhypothek des Deutschen Rechts aus der hypothekarischen Succession des gemeinen Rechts hervorgegangen ist Roth, H.S. 136, so verbinde ich die Darstellung derselben mit der Darstellung der letzteren.

[2] Ueber die hypothekarische Succession des römischen Rechts vgl. Windscheid § 233a, 3; Dernburg, Pf.R. II. § 161—166, und die Literatur bei Roth, H.S. 119.

[3] Nach Exner, H.R. § 50, 21 nimmt das Oesterreichische Recht in den Fällen der hypothekarischen Succession eine gesetzliche Cessionspflicht des Gläubigers an; andere H.O. lassen den Uebergang ohne Cession eintreten unten Note 17. 18. 19. 34. 38.

[4] Roth, H.S. 106 folg.

Digitized by Google

Forderung[5], die anderen Uebergang des Pfandrechts mit der Forderung annehmen[6], und eine dritte Meinung die Constituirung eines neuen Pfandrechts voraussetzt[7]. Für das neuere Hypothekenrecht läßt sich eine Entscheidung für die eine oder andere Ansicht im Allgemeinen nicht treffen, da unsere Hypothekenordnungen, soweit sie die hypothekarische Succession recipirt haben, die Art des Uebergangs gesetzlich bestimmen. Die einzelnen in unseren Hypothekenordnungen anerkannten Fälle der hypothekarischen Succession sind folgende:

I. Novation. Wird durch Novation an die Stelle der der Hypothek zu Grund liegenden Forderung eine andere gesetzt, so kann gemeinrechtlich durch Vertrag der Uebergang des Pfandrechts auf die neue Forderung stipulirt werden[8]. Dieß ist in mehreren unserer Hypothekenordnungen anerkannt[9]. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob in diesem Fall Uebertragung des bisherigen Pfandrechts auf die neue Forderung anzunehmen oder Constituirung eines neuen Pfandrechts erforderlich sei[10]. Unsere Hypothekenordnungen entscheiden sich theils für die erste[11], theils für die zweite Meinung[12].

---

[5] Für alle Fälle nehmen dieß an Windscheid § 233b, 16; Brinz, Pandekten (2) § 348, 12; ferner bei Novation Arndts § 274 Nr. 1; Adamkiewitz, A. f. C.Pr. LVI. 38.

[6] Allgemein nimmt dieß an Puchta, Pandekten § 213, ferner bei dem Abfindungsgeschäft Mühlenbruch, Cession 487. 582; Sintenis, Pf.R. 421, 2; Arndts § 374 Nr. 1.

[7] Allgemein nehmen dieß an: Dernburg, Pf.R. § 162; Bachofen, Pf.R. 528; ferner bei Novation Simon, Arch. f. C.Pr. XLI. 60; Regelsberger, H.R. § 60, 6; bei Abfindung Simon, A. f. C.Pr. XLI. 61; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 27.

[8] l. 30 D. 46. 2; Dernburg, Pf.R. § 162, 2; Windscheid § 233b, 2.

[9] Pr. L.R. I. 16. 471; Hessen Pf.G. Art. 154 Müller, Pf.R. § 16, 14; Weimar Pf.G. § 158; Oesterreich A.B.G.B. § 1378. Zuläßig, obwohl eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, erscheint das Verfahren nach Bayrischem, Württembergischem und Sächsischem Recht unten Note 12.

[10] Uebergang des Pfandrechts auf die neue Forderung nehmen an: Windscheid § 233b, 1; Arndts § 374 Nr. 1; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 38; Constituirung eines neuen Pfandrechts halten für erforderlich Dernburg, Pf.R. § 162; Regelsberger, H.R. § 60, 6; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 60.

[11] Uebergang des Pfandrechts auf die neue Forderung, wenn ein darauf bezüglicher Vorbehalt gemacht ist, bestimmen Pr. L.R. I. 16. 471; Hessen

Digitized by Google

II. Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten (Abfindungsgeschäft). Gemeinrechtlich kann vertragsmäßig bestimmt werden, daß das Pfandrecht eines Gläubigers, dessen Forderung heimgezahlt wird, auf denjenigen übergehe, welcher dem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung desselben gewährt [13]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Uebergang des Pfandrechts des abgefundenen Gläubigers auf den neuen Gläubiger zwischen diesem und dem Schuldner vereinbart sei [14]. Bestritten ist, wie der Erwerb des Pfandrechts durch den neuen Gläubiger sich vollziehe, indem die einen Forderung und Pfandrecht, die anderen nur das Pfandrecht auf ihn übergehen lassen, und eine dritte Meinung die Begründung eines neuen Pfandrechts für erforderlich hält [15]. In unseren Landesrechten, welche das Abfindungsgeschäft regeln, finden sich alle drei Meinungen ausgeführt. Uebergang des Pfandrechts mit dem Forderungsrecht findet sich in folgenden Rechten: Nach Preußischem Landrecht ist der Gläubiger, der durch einen Dritten befriedigt wird, diesem die Rechte gegen seinen Schuldner abzutreten verbunden [16]. Nach Sächsischem Recht geht, wenn ein Dritter mit Einwilligung des Pfandschuldners dem Pfandgläubiger, der die Zahlung der

---

Pf.G. Art. 154 Müller, Pf.R. § 71, 4; Weimar Pf.G. § 158; Oesterreich A.B.G.B. § 1378 Exner, H.R. § 80, 7. Das Gleiche wird nach Württembergischem Recht angenommen, obwohl das Pfandgesetz keine Bestimmung enthält Römer, Pf.R. § 42 Nr. 5.

[12] Constituirung einer neuen Hypothek ist nothwendig nach Bayrischem Recht Regelsberger § 97, 4 und Sächsischem Recht Roth, hypothekarische Succession 108.

[13] Es kann dieß geschehen durch Gewährung eines Darlehens an den Schuldner l. 1 Cod. 8. 19, oder in der Art, daß der Dritte dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung übernimmt, den Pfandgläubiger abzufinden l. 3 D. 20. 3; Dernburg, Pf.R. II. 504—506.

[14] l. 1 Cod. 8. 19; Roth, H.S. 109.

[15] Für den Uebergang der Forderung und des Pfandrechts erklären sich Mühlenbruch, Cession 487. 582; Sintenis, Pf.R. 421, 2; Puchta, Pandekten § 213 Nr. 1; für den Uebergang nur des Pfandrechts sprechen sich aus Windscheid § 233 b, 4; Arndts § 374 Nr. 2. Die Constituirung eines neuen Pfandrechts halten für erforderlich Dernburg, Pf.R. § 162; Bachofen, Pf.R. 526; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 61; Adamkiewitz, A. f. C.Pr. LVI. 25.

[16] Pr. L.R. I. 16. 50; Roth, hypothekarische Succession 109.

Digitized by Google

Schuld anzunehmen verbunden ist, Zahlung leistet, die Forderung des letzteren mit dem Pfandrecht in der Art auf den ersteren über, daß dieser ohne besondere Abtretung ein Recht auf Umschreibung im Hypothekenbuch hat[17]. Ebenso erwirbt der persönliche Schuldner, der bei Verkauf des Grundstücks eine darauf haftende Hypothekforderung dem Erwerber desselben zur Berichtigung überwiesen hat, wenn er in Folge der von einem hypothekarischen Gläubiger erhobenen Klage die Schuld bezahlt hat, die Forderung des befriedigten Hypothekgläubigers, und kann deren Umschreibung auf seinen Namen beantragen[18]. Nach dem Hessischen Pfandgesetz tritt in Forderungsrechte des Pfandgläubigers sobald er befriedigt ist ein, wer dem Schuldner zum Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers ein Capital dargeliehen hat, und kann die Umschreibung im Hypothekenbuch erwirken[19]. Nach anderen Rechten findet Uebertragung des Pfandrechts auf die neue Forderung statt. Dieß ist der Fall nach dem Württembergischen Pfandgesetz[20] und nach Mecklenburgischem Recht[21]. Nach Bayrischem Recht endlich hat derjenige, der dem Hypothekschuldner

[17] Sachsen B.G.B. § 445; Siegmann, H.R. § 34. Die gleiche Bestimmung haben Altenburg H.O. § 97; Reuß j. L. H.O. § 96 und Reuß ä. L. H.O. § 94.

[18] Sachsen B.G.B. § 441. Die gleiche Bestimmung haben Altenburg H.O. § 101; Reuß ä. L. H.O. § 98; Reuß j. L. H.O. § 100. Nach Bayrischem Recht tritt in diesem Fall nicht hypothekarische Succession ein, sondern der frühere Eigenthümer hat nur einen Anspruch auf Abtretung des Forderungsrechts mit der Hypothek Regelsberger, H.R. § 80, 5.

[19] Hessen Pf.G. Art. 98. 99; Müller, Pf.R. § 73.

[20] Nach Württemberg Pf.G. Art. 107 tritt, wenn ein Pfandgläubiger mittelst eines Anlehens, welches der Schuldner aufnimmt, befriedigt wird, der neue Darleiher in die Stelle des befriedigten Pfandgläubigers ein, wenn in dem Unterpfandsbuch sogleich bei der Löschung der älteren Schuld bemerkt wurde, daß dem neuen Gläubiger von dem Schuldner nicht nur ebendasselbe Unterpfand sondern auch zugleich die Stelle des befriedigten Pfandgläubigers eingeräumt sei Römer, Pf.R. § 42 Nr. 2.

[21] Die Mecklenburgischen H.O. verpflichten den Gläubiger, der seine vollständige Befriedigung erhält, auf Verlangen des Schuldners seine Rechte zu cediren Meibom, H.R. § 28 Nr. 1. Dem Dritten, der im Auftrag des Schuldners die Schuld bezahlt, ist zwar dieser Anspruch auf Cession nicht gegeben, allein er erwirbt das Pfandrecht, indem er den Gläubiger durch den Schuldner zur Cession verpflichten läßt Meibom, H.R. § 28 Nr. 2. a. Die Cession bezieht sich in diesem Fall nur auf das Pfandrecht.

Digitized by Google

die Mittel zur Befriedigung eines Hypothekgläubigers gewährt zwar kein selbstständiges Recht auf hypothekarische Succession, jedoch kann er dadurch in die Stelle des befriedigten Hypothekgläubigers eintreten, daß er den Pfandschuldner veranlaßt, unter Offenhaltung des Foliums bei Heimzahlung des zu befriedigenden Gläubigers durch Hypothekerneuerung ihm den Platz der heimgezahlten Hypothek einzuräumen, was nur durch Bestellung eines neuen Pfandrechts geschehen kann[22].

III. Ausübung des Ablösungsrechts (jus offerendi)[23]. Nach römischem Recht steht jedem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht zu, durch Zahlung der Forderung desselben das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers zu erwerben, wobei weder Einwilligung des Schuldners erforderlich, noch vorausgesetzt ist, daß die Forderung des abzulösenden Gläubigers eingeklagt[24], wohl aber daß der abzufindende Gläubiger dem Schuldner gegenüber zur Annahme der Zahlung verbunden sei[25]. Ob nach römischem Recht auch dem vorgehenden gegen den nachstehenden Pfandgläubiger dieses Recht zustehe ist bestritten[26]. Auch hier findet sich über den Vorgang die gleiche Meinungsverschiedenheit wie in den anderen Fällen der hypothekarischen Succession, indem die einen Uebergang der Forderung und des Pfandrechts[27], die anderen nur Uebergang des Pfandrechts annehmen[28], und eine dritte Meinung Constituirung eines neuen Pfandrechts voraussetzt[29]. Unsere Hypothekenordnungen haben das Ablösungsrecht jedoch mit der Modifikation aufgenommen, daß es jedem Hypothekgläubiger gegen alle Hypothekgläubiger, also auch dem vorgehenden gegen den nachfolgenden zusteht. Dabei lassen es die meisten nur gegenüber solchen Hypothekgläubigern zu, welche

[22] Regelsberger, H.R. § 89 Nr. 1. Das Gleiche ist nach dem Weimarischen Pf.G. Art. 78 anzunehmen.

[23] Vgl. über das Ablösungsrecht Regelsberger, H.R. § 89; Exner, H.R. § 69; Roth, H.S. 111. 112.

[24] l. 12 § 6; l. 16 D. 20. 4; Regelsberger, H.R. § 89, 4.

[25] Dernburg, Pf.R. § 166 Nr. 1.

[26] Vgl. Windscheid § 233 b, 14, der selbst für die Bejahung sich erklärt.

[27] Dafür erklären sich Mühlenbruch, Cession 482; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 46, 29; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 48.

[28] Dafür erklären sich Windscheid § 233 b, 11; Arndts § 374 Nr. 4.

[29] Dernburg, Pf.R. § 165.

Digitized by Google

ihre Hypothekforderung aufgekündigt oder eingeklagt haben [30]; nur nach Bayrischem, Württembergischem und Oesterreichischem Recht ist diese Voraussetzung nicht gegeben [31]. Nach unseren Hypothekenordnungen wird bei Ablösung Uebergang der Forderung mit dem Pfandrecht auf den ablösenden Gläubiger angenommen [32]. Für das Ablösungsrecht gelten nach unseren Hypothekenordnungen folgende Grundsätze:

Nach Preußischem Landrecht ist der Pfandgläubiger schuldig, jedem der ein dingliches Recht an der Sache hat, oder der Bürgschaft für die Schuld geleistet hat, gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten, wenn die gerichtliche Veräußerung beantragt oder Concurs ausgebrochen ist. Der Ablösende erlangt dadurch einen Anspruch auf Cession der Post. Für seine eigene Forderung erlangt der Ablösende den dazwischen stehenden Gläubigern gegenüber kein Vorrecht [33]. Nach Bayrischem Recht kann jeder Hypothekgläubiger jeden Hypothekgläubiger, der seine Forderung eingeklagt hat, ablösen. Ebenso kann jeder Hypothekgläubiger jeden Hypothekgläubiger ohne Fälligkeit der Forderung ablösen, wenn der Schuldner einwilligt. Die Ablösung erfolgt durch vollständige Befriedigung des abzulösenden Gläubigers, wozu bei Ablösung ohne Fälligkeit auch die bis zum Fälligkeitstermin laufenden Zinsen gehören. Durch die Ablösung geht die Forderung des abgelösten Gläubigers mit der Hypothek auf den ablösenden über [34]. Nach Württembergischem Pfandrecht kann jeder Hypothek-

---

[30] Vgl. unten Note 33, 37—39.

[31] Nach diesen Rechten ist das Ablösungsrecht auch ohne Einklagung von Seite des abzulösenden Gläubigers dann gegeben, wenn der Schuldner in die Einlösung der fälligen Forderung willigt, vgl. unten Note 34. 35. 36. Die Annahme von Stobbe, P.R. § 114 Nr. 2, daß nach neuerem Recht das jus offerendi nur gegen den die Subhastation des Hypothekenobjekts betreibenden Hypothekgläubiger gegeben sei, ist daher in dieser Ausdehnung unrichtig. Auch nach französischem Recht ist das jus offerendi nicht an diese Voraussetzung gebunden unten Note 43.

[32] Darin stimmen alle Hypothekenordnungen überein. Auch nach Württembergischem Recht ist dieß anzunehmen Römer, Pf.R. 179. A. M. Lang, Sachenrecht § 186, 2b.

[33] Pr. L.R. I. 20. 36—42; Förster Eccius § 194, 48—54. Ueber die fortdauernde Geltung Achilles Ges. 267; Förster Eccius § 194, 54.

[34] Bayern H.G. § 63; Regelsberger, H.R. § 90.

Digitized by Google

gläubiger jeden anderen Hypothekgläubiger ablösen, wenn dieser seine Forderung eingeklagt hat oder der Schuldner einwilligt. Der ablösende Gläubiger tritt in die Stelle des abgelösten Gläubigers ein[35]. Die gleiche Stellung hat das Oesterreichische Recht[36]. Nach Sächsischem Recht hat jeder Pfandgläubiger das Recht, die Forderung eines Pfandgläubigers, der den Antrag auf Verkauf des Pfandobjekts gestellt hat, durch dessen Befriedigung einzulösen, wodurch Forderung und Pfandrecht auf ihn übergeht[37]. Nach dem Hessischen und dem Weimarischen Pfandgesetz[38] kann jeder Pfandgläubiger einen Pfandgläubiger, der seine Forderung einklagt oder aufkündigt oder die Zwangsversteigerung beantragt durch vollständige Befriedigung ablösen, wodurch er in das Forderungsrecht des abgelösten Gläubigers von selbst eintritt. Auch nach Mecklenburgischem Recht wird das Recht des Pfandgläubigers nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens durch Abfindung des betreibenden Hypothekargläubigers an dessen Stelle zu treten angenommen[39].

---

[35] Württemberg Pf.G. Art. 105. 106; Römer, Pf.R. § 42, 1; Lang, Sachenrecht § 186. A. I. Auf den Ablösenden geht die abgelöste Forderung mit dem Pfandrecht über Römer, Pf.R. 179. 180. A. M. Lang, Sachenrecht § 186. 2b, der nur das Pfandrecht übergehen läßt.

[36] Nach A.B.G.B. § 1422 hat jeder Dritte das Recht, mit Einwilligung des Schuldners den Gläubiger zu bezahlen, und kann die Abtretung der Forderung verlangen, was also auch Mithypothekaren zusteht Exner, H.R. § 69, 4. Nach A.B.G.B. § 462 steht jedem Pfandgläubiger das Einlösungsrecht gegenüber dem Pfandgläubiger, der die Feilbietung betreibt, vor der Feilbietung zu; der Einwilligung des Schuldners bedarf es hier nicht Exner, H.R. § 69, 11. Mit der Einlösung geht Forderung und Pfandrecht auf den Einlösenden über Exner, H.R. § 69, 13.

[37] Sachsen B.G.B. § 446. 448; Siegmann, H.R. § 35. Die gleiche Bestimmung haben Altenburg H.O. § 97—99; Reuß j. L. H.O. § 96—98; Reuß ä. L. H.O. § 94—96; Rudolstadt H.O. § 41.

[38] Hessen Pf.G. Art. 98, 2. 103; Müller, Pf.R. § 72; Weimar Pf.G. § 74—77.

[39] Meibom, H.R. § 28, 16. Die Hypothekenordnungen enthalten keine Bestimmung darüber, weßhalb von anderen dem jus offerendi des Hypothekgläubigers für das Mecklenburgische Recht die Geltung abgesprochen wird. Dagegen ist Berechtigten aus anderen dinglichen Rechten, namentlich Erbpachtrechten, Reallasten und Servituten das Ablösungsrecht gesetzlich eingeräumt gegenüber dem Hypothekgläubiger, auf dessen Antrag das Objekt frei

Digitized by Google

Das französische Recht erkennt die hypothekarische Succession in folgenden Fällen an:

1. Der Schuldner, welcher ein Kapital aufnimmt, um damit seine Schuld zu bezahlen, kann den Darleiher in die Rechte des bezahlten Gläubigers einsetzen[40]. Es ist dieß ein Fall der vertragsmäßigen Subrogation des französischen Rechts, in Folge deren die Hypothek auf den Darleiher übergeht, ohne daß der bisherige Gläubiger einzuwilligen hat[41]. Der neue Gläubiger tritt damit von selbst in die Rechte des befriedigten Gläubigers ein[42].

2. Nach französischem Recht hat jeder nachstehende Gläubiger das Recht, einen ihn seiner Privilegien wegen vorgehenden Gläubiger abzufinden, womit die Rechte desselben von selbst auf den bezahlenden Gläubiger übergehen (jus offerendi)[43]. Daß die Forderung des abzulösenden Gläubigers eingeklagt sei, ist nach französischem Recht nicht vorausgesetzt. Der Gläubiger kann die Abfindung zurückweisen, insoferne sie ihm zum Nachtheil gereichen würde, worüber der Richter zu entscheiden hat[44]. Mit vollständiger Bezahlung seiner Forderung gehen die Rechte des befriedigten Gläubigers auf den neuen Gläubiger über[45].

---

von diesen Belastungen der Subhastation unterstellt wird Meibom, H.R. § 25. 52—56.

[40] C. c. Art. 1250 Nr. 2. Es ist dieß das Abfindungsgeschäft des römischen Rechts oben Note 13, und es ist in der Hauptsache nach den Grundsätzen desselben geregelt.

[41] C. c. Art. 1250 Nr. 2; Zachariä § 321, 7.

[42] Zachariä § 321, 12. Das französische Recht folgt also der Ansicht, daß das Pfandrecht der befriedigten Forderung auf die neue Forderung übertragen werde, oben Note 15.

[43] C. c. Art. 1251 Nr. 1. Es ist dieß der Fall der gesetzlichen Subrogation des französischen Rechts. Die Befugniß ist weder den gleichstehenden noch den vorgehenden Gläubigern eingeräumt. Sie steht nach der gewöhnlichen Meinung auch Chirographargläubigern zu Zachariä § 321, 13; Aubry § 321, 45.

[44] Zachariä § 321, 14; Aubry § 321, 50. Auch nach französischem Recht ist also der gemeinrechtliche Grundsatz, daß der abzufindende Gläubiger zur Annahme der Zahlung verpflichtet sein muß, anerkannt.

[45] Zachariä § 321, 2. In diesem Fall ist anzunehmen, daß Forderung und Hypothek auf den neuen Gläubiger übergehen.

Digitized by Google

B. Die Eigenthümer-Hypothek.

Der Uebergang einer Hypothek kann auch in der Art vorkommen, daß er sich auf den Eigenthümer des Pfandobjekts vollzieht (Eigenthümerhypothek). Diese findet sich schon im römischen Recht und ist in unseren neueren Hypothekenordnungen weiter ausgebildet. Es ist daher zu unterscheiden:

I. Die Eigenthümerhypothek des römischen Rechts[46]. Nach römischem Recht sind folgende Fälle der Eigenthümerhypothek anerkannt:

1. Der Käufer einer mit einer Hypothek belasteten Sache, der sich ausbedingt, daß der Kaufpreis zur Befriedigung eines Pfandgläubigers verwendet werde, erwirbt mit Befriedigung des letzteren gegenüber den nachstehenden Pfandgläubigern die Rechte des abgefundenen[47]. Dieß ist in dem Württembergischen[48] und Hessischen Pfandgesetz[49] unverändert angenommen, in den anderen Hypothekenordnungen jedoch in folgender Weise modificirt. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B.[50] und den Rechten von Ham-

---

[46] Vgl. die Literatur bei Windscheid § 248, 25a und Roth, H.S. 119.

[47] l. 17 D. 20. 4; Windscheid § 233b, 10. Es ist dieß einer der drei Fälle, in welchen schon im römischen Recht die Eigenthümerhypothek anerkannt ist. Es wird vorausgesetzt, daß die Verwendung des Kaufpreißes zur Befriedigung des Pfandgläubigers ausbedungen sei Dernburg, Pf.R. II. 516.

[48] Württemberg Pf.G. Art. 109: „Endlich kann überhaupt der Käufer einer verpfändeten Sache ... gegenüber von anderen Pfandgläubigern die Rechte eines gleich oder mehr bevorrechtigten Gläubigers in Beziehung auf jene Sache insoweit geltend machen, als der Erlös aus solcher zur Befriedigung dieses Gläubigers verwendet worden ist", vgl. Römer, Pf.R. § 42 Nr. 3. Nach Württembergischem Recht genügt die Thatsache der Verwendung, ohne daß eine darauf gerichtete Verabredung erforderlich ist Römer, Pf.R. § 42 Nr. 3a. Der Käufer succedirt nicht in die Forderung des befriedigten Gläubigers, sondern erhält nur dessen Pfandrecht Römer, Pf.R. 179, 186; Lang, Sachenrecht § 186, 22.

[49] Hessen Pf.G. Art. 98: „In die Forderungsrechte des Pfandgläubigers, sobald er befriedigt ist, tritt schon kraft des Gesetzes ein ... wer einen mit einer Nachhypothek belasteten Gegenstand zu dem Zweck kauft, damit ein vorgehender Pfandgläubiger aus dem Kaufpreis befriedigt werde" vgl. Müller, Pf.R. § 74. Nach Hessischem Recht ist gleichfalls eine darauf bezügliche Stipulation als erforderlich nicht anzusehen Erk. Darmstadt 3/9 Sf. XIII. 310.

[50] Sachsen B.G.B. § 442; Siegmann, H.R. § 36, 1.

Digitized by Google

burg und Lübeck[51] kann der Käufer in diesem Fall die Post auf seinen Namen umschreiben lassen. Nach Preußischem Recht[52] und den neueren Mecklenburgischen Hypothekenordnungen[53] erwirbt der Käufer in diesem Fall die Hypothek nur, wenn der Verkäufer den bezahlten Pfandgläubiger zur Abtretung der Post an den Käufer anhält. Umgekehrt kann nach den H.O. von Altenburg und Reuß der Käufer von dem befriedigten Gläubiger verlangen, daß er die Post an ihn abtrete[54]. Die anderen H.O. lassen eine Eigenthümerhypothek in diesem Fall nicht entstehen.

2. Der Pfandgläubiger, der das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, schließt die Nachhypothekarien bis zur Befriedigung seiner Forderung von der Geltendmachung ihres Pfandrechts aus[55]. Dieß ist in dem Pfandgesetz von Hessen ausdrücklich anerkannt[56], und wird nach Württembergischem Recht angenommen[57]. Dagegen erlischt durch Confusion die Hypothek ohne Vorbehalt für diesen Fall nach den Rechten von Bayern und Weimar[58]. Nach den Rechten, welche die Eigenthümerhypothek des neueren Rechts ausgebildet haben, bleibt dem Pfandgläubiger, der das Eigenthum des Pfandobjekts erwirbt, sein Pfandrecht ohnehin erhalten[59].

3. Der Eigenthümer einer Pfandsache, der nicht persönlicher Schuldner ist, kann, wenn er die darauf haftenden Pfandforderungen befriedigt, die Abtretung derselben verlangen[60]. Dieß hat

---

[51] Hamburg H.O. 4/12 1868 § 35; Lübeck V. 25/7 1878 und H.O. § 41.

[52] Roth, H.S. 116. Nach Pr. E.E.G. § 63 ist der vom Eigenthümer befriedigte Gläubiger verpflichtet die bezahlte Post nach dessen Anordnung abzutreten. Ist eine solche Anordnung nicht getroffen, so geht die Hypothek auf den zahlenden Eigenthümer über. Das Preußische Recht hat also den im römischen Recht hervorgehobenen Fall der Entstehung einer Eigenthümerhypothek des Käufers nicht besonders berücksichtigt; nur auf dem oben bezeichneten Weg läßt sich dieselbe erreichen.

[53] Meibom, H.R. § 28, 15. Es findet dieß nur nach den bei Meibom, H.R. § 28, 6 aufgeführten H.O. statt.

[54] Altenburg H.O. § 119; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 118.

[55] l. 30 § 1 D. 44. 2; Windscheid § 248, 26.

[56] Hessen Pf.G. Art. 159; Müller, Pf.R. § 89.

[57] Römer, Pf.R. § 53. V; Lang, Sachenrecht § 194, 37.

[58] Bayern H.G. § 161, 2; Regelsberger, H.R. § 97, 3; Weimar Pf.G. § 157, 2.

[59] Vgl. unten Note 76. 79. 80. 87.

[60] l. 19 D. 20. 4; Dernburg, Pf.R. II. 517.

Digitized by Google

in mehreren unserer H.O. Aufnahme gefunden, namentlich in denen von Bayern[61] Württemberg[62] und Hessen[63]. Dieses Recht ist nach denjenigen H.O., welche die Eigenthümerhypothek des neueren Rechts anerkennen, ohnehin gegeben, da nach diesen dem befriedigenden Eigenthümer die Disposition über die heimgezahlte Hypothek zusteht[64].

Ueber die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Eigenthümerhypothek herrscht seit lange eine weitgehende Meinungsverschiedenheit, indem die einen darin nicht die Erhaltung des Pfandrechts, sondern nur die Fiktion des Fortbestandes[65], die andern eine Gleichstellung des Eigenthümerrechts mit dem getilgten Pfandrecht sehen wollen[66], und eine dritte Meinung den Fortbestand des Pfandrechts demnach ein Pfandrecht an eigener Sache annimmt[67]. Die letztere Ansicht läßt sich nicht nur nach römischem Recht begründen[68], sondern sie ist auch die unseren neueren H.O. allein conforme[69].

II. Die Eigenthümerhypothek des neueren Rechts[70]. Die Vereinigung von Hypothek und Eigenthum in

---

[61] Bayern H.G. § 58; Regelsberger, H.R. § 80 Nr. 3 und § 87 Nr. 3. Es ist hier Uebergang der Forderung mit der Hypothek anzunehmen. Die gleiche Bestimmung haben Weimar Pf.G. § 79 und Rudolstadt H.O. § 36.

[62] Württemberg Pf.G. Art. 108. 120. Es erfolgt hier Uebergang der Forderung mit dem Pfandrecht Römer, Pf.R. § 42 Nr. 4.

[63] Hessen Pf.G. Art. 142. Die Geltendmachung seines Rechts ist jedoch von der Eintragung des Uebergangs in dem Hypothekenbuch abhängig Pf.G. Art. 99, vgl. mit Art. 92; Müller, Pf.R. § 54, 3.

[64] Vgl. unten Note 73. 79. 80. 85. 86.

[65] S. die Vertreter dieser Meinung bei Roth, H.S. 119.

[66] Dernburg, Pf.R. II. 571.

[67] S. die Vertreter dieser Meinung, die als die in der neueren Zeit überwiegende bezeichnet werden kann bei Roth, H.S. 119.

[68] S. die Ausführung bei Roth, H.S. 119. 120.

[69] Dieß ist ohnehin selbstverständlich nach denjenigen H.O., welche die neuere Eigenthümerhypothek anerkannt haben. Aber auch diejenigen, in welchen dieß nicht der Fall ist, namentlich die H.O. von Bayern, Württemberg und Hessen scheinen mir in den oben angeführten Fällen das Pfandrecht an eigener Sache anzuerkennen Roth, H.S. 120. 121.

[70] Ueber die Eigenthümerhypothek des neueren Rechts s. die Literaturangaben bei Stobbe, P.R. § 111, 26 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 337, 1. Vgl. Hagen, die Hypothek des Eigenthümers 1875; Dernburg, Pr. P.R. I.

Digitized by Google

der Hand deſſelben Rechtsſubjekts konnte nach römiſchem Recht nicht eintreten, ſolange das Pfandobjekt im Eigenthum des Pfandſchuldners ſich befand. Durch Zahlung von Seite des Pfandſchuldners wurde die Pfandforderung des Gläubigers getilgt; der Pfandſchuldner konnte dieſelbe nicht auf ſich übertragen laſſen, um ſie gegen die nachſtehenden Gläubiger geltend zu machen, oder um ſie weiter zu begeben[71]. Ebenſo erloſch nach römiſchem Recht das Pfandrecht durch Confuſion, wenn der Pfandſchuldner die Pfandforderung erbſchaftsweiſe oder aus einem anderen Rechtsgrund erwarb[72]. Hievon weichen mehrere der Deutſchen Hypothekenordnungen[73] ab, indem ſie eine Vereinigung von Hypothek und Eigenthum auch in der Hand des Pfandſchuldners zulaſſen, und dieß auf alle Fälle der Confuſion und der Befriedigung des Hypothekgläubigers ausdehnen. Es treten dabei folgende leitende Principien hervor:

1. Der Hypothekengläubiger, der das Eigenthum des Hypothekenobjekts erwirbt, bleibt Hypothekgläubiger.

2. Der Eigenthümer, der eine auf ſeinem Eigenthum eingetragene Hypothekforderung durch Erbſchaft erwirbt oder auf ſich übertragen läßt, hat die Stellung eines Hypothekgläubigers.

3. Der Eigenthümer, der die auf ſeinem Eigenthum verſicherte Pfandforderung tilgt, tritt von ſelbſt in die Rechte des befriedigten Pfandgläubigers ein.

---

§ 337; Förſter Eccius § 200. Die Entwicklung der Eigenthümerhypothek des Preußiſchen Rechts knüpft an die hypothekariſche Succeſſion des römiſchen Rechts an Galli in Gruchot, Beitr. X. 519. Ueber die Entwicklung, deren Grundlage der § 52 des Anhangs zu L.R. I. 16. 484 iſt vgl. Roth, H.S. 130—138; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337. Das Inſtitut iſt in der Geſtalt, die es bis zur Erlaſſung der neuen Grundbuchgeſetze erhalten hatte, in dieſe übergegangen Roth, H.S. 142.

[71] Schweppe, Lehrbuch § 367 a; Bähr in Ihering, Jahrb. XI. 95, 52. Nach römiſchem Recht kann nur der nicht perſönlich haftende Eigenthümer, der die Pfandforderung befriedigt, Abtretung derſelben verlangen oben Note 60.

[72] Das römiſche Recht ſchließt die Wirkung der Confuſion nur aus, wenn der Gläubiger das Eigenthum des Pfandobjekts erwirbt, oben Note 55. Dagegen läßt es die Pfandforderung, die ſich in der Hand des Pfandſchuldners mit dem Eigenthum an dem Pfandobjekt vereinigt, nicht fortbeſtehen.

[73] Es ſind dieß: Preußen, Sachſen, Altenburg, beide Reuß, Mecklenburg, Hamburg, Lübeck. Dagegen hat das neue Oeſterreichiſche Gr.B.G. die Eigenthümerhypothek in der neueren Geſtalt nicht aufgenommen Exner, H.R. § 90.

Digitized by Google

In folgenden Hypothekenordnungen ist die Eigenthümerhypothek in dieser neuen Gestaltung ausgebildet. Nach Preußischem Recht ist, wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigenthümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, die Post an den Eigenthümer oder an einen vom Eigenthümer bezeichneten Cessionar abzutreten oder Quittung oder Löschungsbewilligung zu ertheilen[74]. Der Eigenthümer ist auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung berechtigt darüber zu verfügen, indem er die Post auf seinen Namen umschreiben läßt, oder sie weiter begibt[75]. Das gleiche Recht hat der eingetragene Eigenthümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat[76]. Die Post bleibt ihm, auch nach Veräußerung des Pfandobjekts, auch wenn er sie nicht auf seinen Namen hat umschreiben lassen, zur Disposition[77]. Ebenso kann der Gläubiger, der das verpfändete Grundstück erworben hat, die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen[78]. Der Eigenthümer kann bei Subhastation die Eigenthümerhypothek liquidiren[79]; bei Concurs fällt sie in die Concursmasse[80]. Gleich gestaltet wie die des Preußischen Rechts ist die Eigenthümerhypothek der H.O. von Hamburg und Lübeck[81].

---

[74] Pr. E.E.G. § 63; Achilles Ges. 307b. Die gleiche Bestimmung hat Anhalt Pf.G. § 9.

[75] Pr. E.E.G. § 64; Roth, H.S. 142.

[76] Pr. E.E.G. § 65.

[77] Dieß war nach früherem Recht durch Pl.B.O.Tr. 27/5 1839 Entsch. V. 51 festgestellt, und wird nun auch für das neuere Recht allgemein angenommen Achilles Ges. 310c; Bahlmann, Gr.B.R. 217 Nr. 3; Roth, H.S. 144; Erk. O.Tr. 5/10 1877 Entsch. LXXXI. 30. Auch Förster, der ursprünglich anderer Meinung war, hat sich Pr. P.R. § 200, 52 für das neuere Recht dieser Ansicht angeschlossen. A. M. sind noch Heidenfeld, Immobiliarsachenrecht 102 und Turnau, Gr.B.O. I. 414, vgl. Roth, H.S. 144.

[78] Pr. E.E.G. § 66.

[79] Erk. O.Tr. 2/12 1854; Striethorst XVI. 54.

[80] Pl.B. 9/1 1846 Entsch. XII. 1866; Erk. 26/5 1853 Striethorst XI. 1; 13/7 1854 Striethorst XIV. 142; Förster Eccius § 200, 52.

[81] Hamburg H.O. § 35: „Der Grundeigenthümer ist befugt . . . einen Hypothekposten, über welchen er durch Auszahlung oder anderweitig die Verfügung erlangt hat, auf seinen Namen umschreiben zu lassen. In diesen Fällen wie auch dann, wenn ein Hypothekgläubiger das Eigenthum des Grund-

Digitized by Google

Auch die Mecklenburgischen H.O. sprechen aus, daß, wenn der Gläubiger das Eigenthum des Objekts oder der Grundeigenthümer das hypothekarische Recht erwirbt, dieses fortdauert und zu seiner Verfügung steht[82]. Dabei ist jedoch abweichend von dem Preußischen Recht bestimmt, daß im Fall der Subhastation oder des Concurses der Eigenthümer die betreffende Forderung den Nachhypothekaren gegenüber nicht geltend machen kann[83].

Anders gestaltet ist die Eigenthümerhypothek des Sächsischen Rechts, indem die formalen Voraussetzungen verschieden sind, jenachdem sie auf Befriedigung des Gläubigers durch den Eigenthümer oder auf Consolidation beruht. In dem ersten Fall erhält der Eigenthümer das Verfügungsrecht nur, wenn die Post auf seinen Namen umgeschrieben ist, in dem letzteren kann er auch ohne diese Voraussetzung darüber verfügen. Als nothwendige Consequenz ergibt sich der Rechtssatz, daß bei freiwilliger Veräußerung des Grundstücks der Eigenthümer einen Anspruch nicht geltend machen kann, wenn er in dem ersten Fall die Post nicht auf seinen Namen hat umschreiben lassen, und wenn er in dem zweiten Fall nicht vor der Veräußerung darüber verfügt hat. Auch dadurch unterscheidet sich die Eigenthümerhypothek des Sächsischen Rechts von der des Preußischen Rechts und der Hansestädte, daß die auf den Namen des Eigenthümers umgeschriebene und noch auf seinen Namen stehende Hypothek bei Subhastation nicht für ihn geltend gemacht werden kann, und bei Concurs nicht in seine Concursmasse fällt. Die Eigenthümerhypothek des Sächsischen Rechts

---

stücks erwirbt, steht den nachfolgenden Hypothekgläubigern kein Recht zu, die Tilgung des Postens zu fordern. Auch erlangen sie ein solches nicht im Fall der Prosekution des Grundstücks oder durch den Concurs des Eigenthümers". Damit wörtlich übereinstimmend Lübeck H.O. § 41. Die Bestimmung ist ursprünglich in dem Lübeck. Ges. 22/7 1868 § 35 getroffen, und aus diesem in die Hamburg. H.O. 4/12 1868 § 35 übergegangen. Beide kennen nur die selbstständige Hypothek; da indessen die hypothekarische Succession für accessorische und selbstständige Hypotheken sich nach gleichen Grundsätzen richten, so habe ich die Bestimmungen dieser Rechte und der Mecklenburgischen R.St.B.O. der besseren Uebersicht wegen gleich hier dargestellt. Vgl. unten Note 98.

[82] Meibom, H.R. § 35, 12—17.

[83] Meibom, H.R. § 27, 27. Dieß gilt ebenso, wenn die Forderung auf den Eigenthümer umgeschrieben, als wenn sie nicht umgeschrieben ist Meibom, H.R. § 27, 29.

Digitized by Google

wurde zuerst durch das H.G. 1843 eingeführt, und es sind die Bestimmungen desselben mit einer Modifikation in das B.G.B. übergegangen. Dieselbe gestaltet sich folgendermaßen:

1. Befriedigt der Eigenthümer den Inhaber einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderung, so kann er nach den H.O. von Altenburg und Reuß von diesem Cession der Forderung verlangen[84], und diese auf sich umschreiben lassen, nach dem Recht des B.G.B. dagegen kann er Umschreibung auf seinen Namen ohne Cession erwirken[85], womit er das Recht erlangt, dieselbe weiter zu cediren[86].

2. Der Eigenthümer, welcher eine auf dem Grundstück eingetragene Forderung auf andere Weise als durch Cession erwirbt kann dieselbe ohne vorherige Umschreibung auf seinen Namen cediren[87].

3. Der Inhaber einer Hypothekforderung, welcher das Eigenthum des verpfändeten Grundstücks erwirbt, kann dieselbe löschen oder unverändert fortbestehen lassen[88].

4. Die auf den Namen des Eigenthümers eingetragene Hypothek erlischt, wenn gegen ihn die Subhastation verfügt oder das Concursverfahren eingeleitet wird[89]. Bei freiwilliger Veräußerung bleibt sie dem Eigenthümer als nunmehrigem Hypothekgläubiger[90].

---

[84] Altenburg H.O. § 119. 120; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 118. 119.

[85] Sachsen B.G.B. § 442.

[86] Das Gesetz erwähnt nur das Recht der Cession, es ist aber anerkannt, daß dem Eigenthümer jede andere Art von Verfügung zustehe, z. B. Verpfändung Erk. Dresden 25/4 1872 Wochenblatt 1873. 242.

[87] Altenburg H.O. § 121; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 120; Sachsen B.G.B. § 443.

[88] Die Note 86 aufgeführten Stellen führen zwar nur an, daß der Inhaber die Löschung verlangen oder die Forderung cediren könne, allein daß die Forderung, wenn sie nicht gelöscht wird, für ihn als Eigenthümerhypothek fortbesteht, kann nach der Stellung der Sächsischen Gesetze oben Note 83. 84 nicht zweifelhaft sein.

[89] Altenburg H.O. § 122; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 121; Sachsen B.G.B. § 444.

[90] Die Bestimmungen des Sächsischen H.G. von 1843 wurden früher allgemein dahin ausgelegt, daß bei der Eigenthümerhypothek die Forderung in der Hand des Eigenthümers erhalten bleibe und von ihm cedirt werden könne

Digitized by Google

Für die Construktion der Eigenthümerhypothek des neueren Rechts haben sich drei Meinungen gebildet:

1. Nach der einen Ansicht ist sie gar keine Hypothek; Forderung und Hypothek sind erloschen, und sie besteht nur in dem Vorbehalt einer Stelle, auf welcher der Eigenthümer eine neue Hypothek eintragen lassen kann[91].

2. Nach einer anderen Ansicht ist die Eigenthümerhypothek eine vollständige Hypothek, bei der Forderung und Pfandrecht erhalten bleiben und bei Cession auf den neuen Erwerber übertragen werden. Diese Auffassung, die von dem Preußischen Obertribunal bisher consequent festgehalten wurde[92], und die auch jetzt noch vielfältig vertreten ist[93], ist für das Preußische Recht als die herrschende anzusehen[94], und auch für das Mecklenburgische[95] und Sächsische Recht[96] annehmbar.

Siegmann, H.R. (1863) 24, was auch allein dem Wortlaut des Gesetzes entspricht. Neuerdings wird für das Sächsische Gesetzbuch, welches die gleichen Bestimmungen enthält, von Manchen angenommen, daß die betreffende Bestimmung nur auf ein Offenhalten der Stelle zu deuten sei, was jedoch der Begründung ermangelt s. unten Note 98.

[91] Es entspricht dieß dem Offenhalten des Foliums des Bayrischen Rechts unten § 319, 9. Diese Ansicht war früher für das Preußische Recht angenommen Min.R. 24/3 und 13/5 1831 Bornemann, Syst. IV. 248, und es beruhte darauf die sog. Lokustheorie v. d. Hagen, Hypothek des Eigenthümers 229. Neuerdings wird sie für das Sächsische Recht von Siegmann, H.O. 135 und H.R. (1875) § 36. 37 vertheidigt; s. die Widerlegung dieser Auffassung bei Roth, H.S. 147. In einem Beschluß 1/6 1872 Wochenblatt 1873 244 hat sich das Justizministerium dagegen und für die Meinung ausgesprochen, daß bei der Eigenthümerhypothek die Forderung mit der Hypothek auf den Eigenthümer übergehe. Nach den Motiven zu § 117 steht das Sächsische H.G. von 1843 auf demselben Standpunkt, den auch Siegmann, H.R. (1861) 24 früher einnahm.

[92] Pl.B. 27/5 1839 Entsch. V. 51; Erk. 9/1 1846 Entsch. XII. 66; 12/5 1876 Entsch. LXXVII. 164; 5/10 1877 Entsch. LXXXI. 31.

[93] Das Reichsgericht hat sich für das Preußische Recht dieser Auffassung angeschlossen in den Erk. 21/4 1880 Sammlung II. Nr. 58; 17/12 1880 Sammlung II. Nr. 76; 18/4 1882 Sammlung VII. Nr. 64.

[94] Für das Preußische Recht schließen sich dieser Ansicht an: Bornemann, System IV. 254; Förster, Pr. P.R. § 200, 28; Förster Eccius § 200, 38; Bahlmann, Gr.B.R. 213; Turnau, Gr.B.O. I. 417; Kühnast, G.S. 65; Colberg, öffentlicher Glaube 92. 129; Heidenfeld, Immobiliarrecht 105, 87.

[95] Erachten des O.A.G. Rostock Johow, Jahrb. V. 255 erklärt die Eigenthümerhypothek als eine vollständige aber in ihrer Wirksamkeit gelähmte Hy-

Digitized by Google

3. Eine dritte Ansicht geht dahin, die Hypothek, die in der Hand des Eigenthümers erhalten bleibe, und bei Verfügung auf den Erwerber übergehe, sei nicht die bisher bestehende accessorische Hypothek, sondern das bei Erlöschen der persönlichen Verbindlichkeit fortdauernde dingliche Forderungsrecht (Realobligation)[97]. Diese Auffassung, die für die Eigenthümerhypothek des Hamburger und Lübecker Rechts ihre volle Berechtigung hat[98], konnte für das frühere Preußische Recht, das nur accessorische Hypotheken kannte, nicht anerkannt werden[99]. Nach dem neueren Recht, das die Grundschuld neben die Hypothek stellt, würde einer Anerkennung nichts im Weg stehen[100]; das Gesetz hat indessen diese Consequenz nicht gezogen[101].

---

pothek. Auf demselben Standpunkt steht Buchka, E.H. 104; Meibom, H.R. § 85, 16.

[96] Die frühere Auffassung der Sächsischen Juristen stimmte mit der des Preußischen Obertribunals darin überein, daß die Eigenthümerhypothek in einer Uebertragung der Forderung mit der Hypothek auf den Eigenthümer bestehe, oben Note 90. Gegen die neuerdings vertheidigte Annahme, daß die Bestimmung des B.G.B. § 444 nur ein Offenhalten der Stelle anordne s. Roth, H.S. 147. Neuerdings hat sich die Sächsische Praxis wieder der früheren Auffassung zugewendet Roth, H.S. 148.

[97] Diese Construktion wurde zuerst von Koch, Uebergang der Forderungsrechte 92 und Jur. W.Schr. 1836 Nr. 63 aufgestellt und von Schmid, Pf.R. 4. 49. 89 angenommen. Neuerdings schließen sich derselben an Achilles Ges. 306; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337, 10.

[98] Diese H.O. kennen nur die selbstständige Hypothek. Dasselbe gilt für diejenigen Mecklenburgischen H.O., welche nur die selbstständige Hypothek anerkennen vgl. oben § 294, 4.

[99] S. Stobbe, P.R. § 113, 39.

[100] Achilles Ges. 306 und Buchka, E.H. 115 sprechen deßwegen aus, daß mit dem Uebergang der Hypothek auf den Eigenthümer materiell eine Grundschuld entstehe. Durch diese Construktion wird die unserem Recht widerstreitende Annahme der Fiktion der Fortdauer des persönlichen Forderungsrechts in der Hand des Schuldners vermieden. Die deutsche C.G.G. Commission hat sich in dem Entwurf des Sachenrechts dieser Construktion angeschlossen. Es ist bekannt, daß der Umstand, daß nur so die Möglichkeit einer mit unserem Recht vereinbaren Construktion der Eigenthümerhypothek gegeben ist, für die Preußische Gesetzgebung das hauptsächliche Motiv für Einführung der Grundschuld bildete.

[101] Mit Recht hebt Turnau, Gr.B.O. (2) I. 418 hervor, daß, da nach E.E.G. § 52 eine Hypothek nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden könne, die Abtretung der Eigenthümerhypothek an einen

Digitized by Google

Das französische Recht kennt die gemeinrechtliche Eigenthümerhypothek nur in dem Fall, in welchem der Käufer eines Grundstücks sich ausbedingt, daß der Kaufpreis zur Befriedigung eines Pfandgläubigers verwendet werde [102], und statuirt außerdem den Fall der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger durch den Beneficialerben [103]. In beiden Fällen geht die Hypothekforderung durch Subrogation auf den Zahlenden über. Die Eigenthümerhypothek des neueren Rechts ist dem französischen Recht nicht bekannt [104].

---

§ 317.

III. Die Verpfändung [1].

Der Hypothekgläubiger hat das Recht, die Hypothek, über welche ihm die Disposition zusteht [2], zu verpfänden. Die Verpfändung der Hypothek hat nicht die Bedeutung der Bestellung eines Pfandrechts an der Sache, sondern nur die der Verpfändung einer Forderung [3], und richtet sich daher nach den für Verpfändung von Forderungen geltenden Grundsätzen. Hinsichtlich des Aktes der Verpfändung scheiden sich unsere Hypothekenordnungen in zwei Classen. Nach der einen Classe erfolgt die Bestellung in derselben Weise wie die Bestellung eines Forderungspfandrechts, ohne daß Eintragung der Verpfändung in das Hypothekenbuch Voraussetzung der Entstehung wäre. Nach Preußischem Landrecht ist schriftliche Verpfändungsbewilligung und Uebergabe des Hypotheken-

---

Dritten sowie die im § 63 dem befriedigten Gläubiger vorgeschriebene Abtretung an den Eigenthümer den Fortbestand der Forderung voraussetze; ebenso Erk. R.G. 17/12 1880 Sammlung II. Nr. 76.

[102] C. c. Art. 1251 Nr. 2.

[103] C. c. Art. 1251 Nr. 4.

[104] Puchelt, H.R. § 11, 1.

[1] Förster Eccius § 192, 54; § 199a, 11; Regelsberger, H.R. § 90; Müller, Pf.R. § 109; Meibom, H.R. § 31; Exner, H.R. § 57. 58.

[2] Voraussetzung der Verpfändung ist, daß der Hypothekgläubiger in der Verfügung über die Hypothek nicht beschränkt sei Regelsberger, H.R. § 90 Nr. 1.

[3] Pr. L.R. I. 20. 136; Förster Eccius § 192, 63; Regelsberger, H.R. § 90, 11; Darmstadt Pf.G. Art. 171, 5; Exner, H.R. § 57, 4.

Digitized by Google

briefs[4] nicht aber Eintragung in das Grundbuch erforderlich[5]. Nach Bayrischem Recht ist zur Verpfändung ein notarieller Vertrag[6] und Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich[7]. Eintragung in das Hypothekenbuch ist zur Giltigkeit der Verpfändung nicht erforderlich, sie erfolgt indessen, um der Verpfändung die Vortheile der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu verschaffen. Von der Eintragung wird der Hypothekschuldner verständigt, der sich in seinen Zahlungen darnach zu richten hat, und nicht mehr an den ursprünglichen Hypothekgläubiger ohne Zuziehung des Pfandinhabers ebensowenig aber an den Pfandinhaber ohne Zuziehung des Verpfänders zahlen kann[8]. Nach Württembergischem Recht setzt die Verpfändung einer Hypothekforderung einen schriftlichen Vertrag Einhändigung des Pfandscheins an den Gläubiger und Denunciation an den Schuldner voraus[9]. Ist ein Pfandschein nicht ausgestellt, so erfolgt die Verpfändung durch Vormerkung im Unterpfandbuch und Ausstellung einer Urkunde darüber durch die Unterpfandbehörde[10]. Außer diesem Fall ist Eintragung der Verpfändung nur erforderlich, wenn nach Uebereinkunft unter den Partheien der Schuldner den zu verpfändenden Unterpfandschein im Namen des Gläubigers in der Hand behalten soll[11]. Außerdem erfolgt die Eintragung der Verpfändung nur um den Gläubiger gegen weitere Verfügungen des Verpfändenden sicher zu stellen[12]. Geltendmachung des Absonderungsrechts im Concurs setzt aber auch nach diesen Rechten Eintragung der Verpfändung im Grundbuch voraus[13]. Nach einer anderen Classe von Rechten

---

[4] Pr. L.R. I. 20. 273. 281. Soll eine Hypothekforderung verpfändet werden, so muß nach Preußischem Recht ein Hypothekenbrief ausgestellt werden, wenn bisher ein solcher nicht ausgestellt war. Vgl. oben § 305, 105.

[5] Pr. E.E.G. § 54.

[6] Regelsberger, H.R. § 90, 6.

[7] Regelsberger, H.R. § 11, 20.

[8] H.G. § 53; Regelsberger, H.R. § 90 Nr. 2.

[9] Pf.G. Art. 246. 248; Lang, Sachenrecht § 200, 6. 14. Ist die Verpfändung im Unterpfandbuch eingetragen, so hat sich der Pfandschuldner in seinen Zahlungen darnach zu richten Pf.G. Art. 85.

[10] Pfandentwicklungsgesetz Art. 38.

[11] Pfandentwicklungsgesetz Art. 40.

[12] Pf.G. Art. 84. 85.

[13] E.G. zur Concursordnung § 15 Nr. 8.

Digitized by Google

setzt die Verpfändung einer Hypothekforderung zu ihrer Gültigkeit Eintragung der Verpfändung in das Hypothekenbuch voraus[14]. Die Wirkung der Verpfändung ist nach den Landesrechten verschieden. Nach der einen Classe von Rechten macht der Gläubiger das Recht aus der Hypothekforderung als das aus einer verpfändeten Forderung geltend. Nach Preußischem[15] und Württembergischem Recht[16] setzt die Geltendmachung gegen den Pfandschuldner vorgängige gerichtliche Ueberweisung der Pfandforderung voraus. Nach Bayrischem Recht kann der Pfandgläubiger die Klage des Verpfänders gegen den Schuldner als actio utilis anstellen[17]. Nach der andern Classe von Rechten hat die Verpfändung einer Hypothekforderung die Bedeutung einer eventuellen Cession und der Gläubiger kann die Rechte eines Cessionars geltend machen[18]. Nach Oesterreichischem Recht kann der Gläubiger die gerichtliche Ueberweisung der verpfändeten Forderung[19] oder die exekutive Feilbietung derselben und Befriedigung aus dem Erlös beantragen[20].

Nach französischem Recht kann eine Hypothekforderung in derselben Art wie jede andere Forderung verpfändet werden[21].

---

[14] Sachsen B.G.B. § 502; Altenburg, H.O. § 88; Reuß ä. L. H.O. § 85; Reuß j. L. H.O. § 87; Weimar Pf.G. § 80. 84; Rudolstadt H.O. § 35; Darmstadt Pf.G. Art. 171, 5; Oesterreich A.B.G.B. § 474 und Gr.B.G. § 4; Exner, H.R. § 58, 1.

[15] Pr. L.R. I. 20. 289. Die herrschende Meinung geht dahin, daß der Gläubiger die Forderung nur einziehen dürfe nachdem sie ihm im Exekutionsweg gerichtlich überwiesen ist Erk. O.Tr. 4/3 1843 Entsch. VIII. 279; Bornemann, System IV. 203; Niebuhr in Gruchot, Beiträge XVI. 441; Dernburg, Pr. P.R. I. § 361, 11. Gegen die abweichende Meinung von Förster, Pr. P.R. § 192, 44 f., die dem Gläubiger die Beitreibung der Forderung ohne vorgängige gerichtliche Ueberweisung zugestehen will, hat sich nun auch Förster Eccius § 192, 46 f. erklärt.

[16] Nach Württembergischem Recht wird der Schuldner von der Exekutionsbehörde angewiesen an den Gläubiger zu bezahlen, oder diesem die Forderung an Zahlungsstatt zuerkannt Lang, Sachenrecht § 206, 39.

[17] Erk. München 7/11 1845 Bl. XII. 47; Roth, Bayr. C.R. (1) § 192, 17.

[18] Sachsen B.G.B. § 503. 504; Altenburg H.O. § 88; Reuß ä. L. H.O. § 85; Reuß j. L. H.O. § 87; Darmstadt Pf.G. § 171, 4; Weimar H.O. § 4; Rudolstadt H.O. § 35.

[19] Exner, H.R. § 58, 21.

[20] Exner, H.R. § 58, 17.

[21] Aubry § 288, 4. Vgl. unten § 330, 25.

Digitized by Google

Abtheilung 2.

Uebergang der Grundschulden.

§ 318.

Für den Uebergang der Grundschuld auf einen anderen Berechtigten gelten folgende Grundsätze:

I. Die Grundschuld geht wie die Hypothek durch Erbfolge auf den Erben über [1].

II. Die Grundschuld kann durch Cession auf einen anderen Gläubiger übertragen werden [2]. Die Uebertragung erfolgt nicht wie bei der Hypothek durch Cession der Forderung, sondern sie erstreckt sich auf die Grundschuld als solche. In den Fällen in welchen die Grundschuld zur Sicherung eines persönlichen Rechts dient, muß jedoch der persönliche Anspruch mit der Grundschuld abgetreten werden, außerdem derselbe erlischt [3]. Die Abtretung der Grundschuld setzt nach Preußischem Recht einen schriftlichen Cessionsakt und Uebergabe des Grundschuldbriefs voraus [4]. Eintragung der Abtretung ist zum Uebergang des Rechts nicht erforderlich, kann aber verfügt werden, wenn der Cedent sie bewilligt [5]. Grundschulden können auch in blanco abgetreten werden. Jeder Inhaber erlangt dadurch das Recht die Blankoabtretung durch einen Namen auszufüllen, die Grundschuld auch ohne diese Ausfüllung abzutreten und die dingliche Klage zu stellen [6]. Nach den Rechten von Hamburg und Lübeck setzt die Uebertragung Eintragung in das Grundbuch voraus [7].

---

[1] Meibom, H.R. § 32, 1.

[2] Pr. E.E.G. § 54.

[3] Pr. E.E.G. § 52, 2.

[4] Nach Pr. L.R. I. 11. 394 ist Schriftlichkeit des Cessionsaktes erforderlich, jedoch nicht bei Blankoabtretung der Grundschuld. Erk. R.G. 10/12 1880 Sammlung III. Nr. 88 erklärt auch Uebergabe des Grundschuldbriefs für nothwendig.

[5] Pr. E.E.G. § 53. 54; Pr. Gr.B.O. § 79—83. Der gleiche Grundsatz gilt nach Mecklenburgischem Recht oben § 315, 29.

[6] Pr. E.E.G. § 55; Förster Eccius § 199a, 4; Dernburg, Pf.R. I. § 326. Ueber die Bedeutung der Blankocession von Hypothekenscheinen des Mecklenburgischen Rechts vgl. Erk. R.G. 11/5 1881 Sammlung IV. 51.

[7] Hamburg H.O. § 36; Lübeck H.O. § 43.

Digitized by Google

III. Die hypothekarische Succession in Grundschulden richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie die in Hypotheken [8].

IV. Ebenso richtet sich die Verpfändung von Grundschulden nach den für die Verpfändung von Hypotheken geltenden Grundsätzen [9].

Abschnitt 8.

Rangordnung der Hypotheken und Grundschulden [1].

§ 319.

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß die Rangordnung der Hypotheken, soweit nicht die Art der Bestellung oder ein Privilegium dem jüngeren Pfandrecht einen Vorzug gewährt, nur nach dem Alter des Pfandrechts sich bestimme, ist in den deutschen Hypothekenordnungen nicht anerkannt, vielmehr ist für die Rangordnung der Hypotheken und Grundschulden [2] allein die Eintragung im Grundbuch entscheidend. Diese kann mehreren Hypotheken (Grundschulden) unter sich gleichen Rang gewähren [3], oder

---

[8] Pr. E.E.G. § 63—66; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337; Hamburg H.O. § 35; Lübeck H.O. § 41, vgl. oben § 316, 81. 98.

[9] Pr. E.E.G. § 53. 54.

[1] Vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 333. 334; Regelsberger, H.R. § 94; Römer, Pf.R. § 51; Siegmann, H.R. § 29; Meibom, H.R. § 33; Müller, Pf.R. § 14. 69. 70; Exner, H.R. § 61—65.

[2] Nach Preußischem Recht gelten hinsichtlich der Rangordnung für Grundschulden die gleichen Grundsätze wie für Hypotheken Förster Eccius § 199a, 14.

[3] Soweit die Gleichstellung im Rang bei Bestellung der Hypotheken bestimmt werden soll, muß dieß gleich bei der Eintragung ausgesprochen werden Pr. E.E.G. § 17, 2; Sachsen G.O. § 95. 162; Weimar Pf.G. § 151; Altenburg H.O. § 186; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 185; Mecklenburg R.R.H.O. § 11; R.St.B.O. § 20; Hamburg H O. § 37; Lübeck H.O. § 37; Oesterreich Gr.B.G. § 103. Eine Ausnahme ist nach Bayrischem und Württembergischem Recht begründet, nach welchem die an demselben Tag eingetragenen Hypotheken von selbst unter sich gleichen Rang haben unten Note 5. Bei Theilcessionen einer Hypothek haben die daraus entstandenen selbstständigen Hypotheken, wenn nichts anderes bestimmt ist, unter sich gleichen Rang, oben § 315, 44.

Digitized by Google

die mehreren Hypotheken (Grundschulden) in das Verhältniß von Vor- und Nachhypotheken (Grundschulden) bringen. Für die Bestimmung der Priorität in dem letzteren Fall befolgen unsere Hypothekenordnungen zwei Systeme, indem die eine Classe die Reihenfolge[4] die andere den Zeitpunkt[5] der Eintragung entscheiden läßt. Von diesem die Priorität bestimmenden Princip können folgende Ausnahmen begründet sein:

1. Durch Disposition des Schuldners. Der Schuldner kann:

a. der einzutragenden Post nach einzelnen Hypothekenordnungen einen bestimmten Rang im voraus einräumen, wodurch ihr der Vorrang vor anderen an demselben Tag angemeldeten Posten gesichert wird[6], oder mehrere nicht gleichzeitig eingetragene Posten unter sich im Rang gleichstellen[7];

[4] Das Pr. E.E.G. § 17, welche Bestimmung nach Pr. E.E.G. § 34 auch für die Eintragung von Hypotheken maßgebend ist, schreibt vor: „Die Rangordnung der auf demselben Grundstück eingetragenen Rechte bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen, die letztere nach der Zeit, zu welcher der Antrag auf Eintragung dem Grundbuchamt vorgelegt worden ist." Ebenso ist die Reihenfolge der Eintragung für die Priorität bestimmend nach Sachsen B.G.B. § 434, Mecklenburg R.R.H.O. § 32, 4 und R.St.B.O. § 20, 1 und allen andern Mecklenburgischen H.O. Meibom, H.R. § 33, 4; Anhalt Gr.B.G. § 20; Hamburg H.O. § 37 und Lübeck H.O. § 37.

[5] Bayern H.G. § 23. 59 Regelsberger, H.R. § 94, 1; Württemberg Pf.G. Art. 96; Darmstadt Pf.G. Art. 95; Weimar Pf.G. § 149; Altenburg H.O. § 93; Reuß ä. L. H.O. § 90; Reuß j. L. H.O. § 92; Rudolstadt H.O. § 38. Nach Oesterreich Gr.B.G. § 29 richtet sich die Rangordnung nicht nach dem Zeitpunkt der Eintragung sondern dem der Ueberreichung des Antrags Gr.B.G. § 29; Exner, H.R. § 61, 5. Nach Bayern H.G. § 60 haben die an demselben Tag, nach Württemberg Pf.G. Art. 97 haben die in derselben Gerichtssitzung eingetragenen Pfandrechte gleichen Rang, ein Grundsatz, der dem französischen Recht entnommen ist unten Note 24. Nach Preußischem Recht haben nicht, wie Stobbe, P.R. § 111, 11b mit Berufung auf Pr. E.E.G. § 36 behauptet, die unter dem gleichen Datum erfolgten Eintragungen gleichen Rang, sondern wie sich aus Pr. E.E.G. § 17 oben Note 4 ergibt, ist auch für diese die Reihenfolge entscheidend, wenn nicht ausdrücklich bemerkt ist, daß sie zu gleichen Rechten stehen sollen Dernburg, Pr. P.R. I. § 333, 8. Die Bestimmung Pr. E.E.G. § 36, auf welche Stobbe sich beruft, regelt nicht das Verhältniß der Hypotheken und Grundschulden unter sich, sondern das der Eintragungen in der II. und III. Rubrik unter sich.

[6] Es gilt dieß nach Bayern H.G. § 23 Regelsberger, H.R. § 94, 3 und Württemberg Pf.G. Art. 97 um die nach diesen Rechten geltende Gleichstellung der an demselben Tag eingetragenen Hypotheken auszuschließen.

Digitized by Google

b. bei Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld sich die Errichtung einer der Summe nach bestimmten Hypothek oder Grundschuld mit dem Rang vor der jetzt einzutragenden vorbehalten (Rangvorbehalt)[8];

c. einer erloschenen aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschten Hypothek eine andere subrogiren (Offenhaltung des Foliums, Subrogation[9]). Die Subrogation besteht in der Errichtung einer neuen Hypothek mit dem Range der alten, an der Stelle, welche zu diesem Behuf durch Nichtlöschen derselben offen gehalten

---

[7] Es geschieht dieß in der Art, daß der Schuldner bei Bestellung einer Hypothek sich ausbedingt, daß er noch eine andere der Summe nach bestimmte Forderung mit gleichem Rang eintragen lassen dürfe Sachsen G.O. § 143; Siegmann 113; Mecklenburgische H.O. bei Meibom, H.R. § 18, 57. 58; § 33, 13.

[8] Bayern H.G. § 150; Regelsberger, H.R. § 62; Mecklenburg R.R.H.O. § 11 Meibom, H.R. § 18, 55; Weimar Pf.G. § 147, 1. Das Gleiche wird für das Preußische Recht als zulässig angenommen Koch, Anm. 30 b zu L.R. I. 20. 500; Bahlmann, Gr.B.R. 118; Dernburg, Pr. P.R. I. § 334 Nr. 3. Nach Oesterreichischem Recht kann sich der Eigenthümer durch Anmerkung der Rangordnung die Eintragung einer der Summe nach bestimmten Hypothek nach der letzten eingetragenen Hypothek vorbehalten, von welchem Vorbehalt er indessen innerhalb 60 Tagen nach Vollziehung der Anmerkung Gebrauch machen muß, außerdem dieselbe gelöscht wird Oesterreich Gr.B.G. § 53—58; Exner, H.R. § 61, 16 und § 90. I.

[9] Bayern H.G. § 84 Roth, Bayr. C.R. (1) § 194, 6; Roth, hypothekarische Succession 125—130; Regelsberger, H.R. § 60. 61; Weimar Pf.G. § 78; Mecklenburg-Schwerin R.H.O. für Erbpachtstellen in den Klostergütern 8/12 1852 § 18; Mecklenburg-Strelitz Domanial-H.O. 1832 § 25; Meibom, H.R. § 33, 19; Lauenburg H.O. 26/5 1860 § 16. Für nicht zulässig erklärt dieß nach Darmstädtischem Recht Müller, Pf.R. § 16, 12. Ueber die Entstehung dieser Form, die noch nicht gehörig aufgeklärt ist, vgl. Roth, hypothekarische Succession 126 f. Sie findet sich zuerst in Schleswigholstein (H.O. für die dem Landgericht unterworfenen Güter 23/12 1796; V. für die Untergehörigen adeliger Güter 23/4 1797; V. für die dem O.G. Glückstadt unterworfenen Güter 5/12 1800; V. für Süder-Dithmarschen 18/12 1810; V. für das Amt Kiel 3/12 1833). Nach Paulsen, P.R. § 79, 10 scheint das Institut dem Dänischen Recht zu entstammen. Aus Holstein gieng es nach Mecklenburg und vermuthlich von da nach Bayern über. In Schleswigholstein ist es durch die neue Gesetzgebung beseitigt, in Mecklenburg findet es sich nur in den älteren Hypothekenordnungen. In Bayern ist es noch gegenwärtig in Geltung.

Digitized by Google

ist[10]. Vorausgesetzt wird dabei, daß durch die Subrogation keine höhere Belastung herbeigeführt wird, als diejenige Hypothek enthält, für die subrogirt wird[11]. Der Eigenthümer hat kein anderes Recht als das der Subrogation[12]. Bei freiwilliger Veräußerung des Hypothekenobjekts geht das Recht über die leere Stelle zu verfügen auf den Erwerber über[13]; bei Subhastation oder Ausbruch des Concurses erlischt das Recht, und es tritt Nachrücken der Nachhypothekare ein[14].

2. Durch Disposition des Gläubigers. Der Gläubiger kann durch Verzicht auf das Vorzugsrecht seiner Post einer unmittelbar nachfolgenden Post den gleichen Rang mit der seinigen einräumen[15], oder durch Vertrag mit dem Gläubiger der unmittelbar folgenden Post dieser den Vorrang vor der seinigen zugestehen[16]. Stehen die unmittelbar auf einander folgenden Posten demselben Gläubiger zu, so kann dieser den Stellentausch einseitig verfügen[17]. Ebenso kann der Gläubiger bei Theilung einer Post einseitig dem einen Theil den Vorrang vor dem anderen einräumen[18]. In allen diesen Fällen tritt eine Veränderung der Priorität ein. Dagegen

---

[10] Die Ausübung setzt nach Mecklenburgischem Recht einen ausdrücklichen Vorbehalt voraus Meibom, H.R. § 33, 18. Nach Bayrischem Recht ist ein solcher nicht erforderlich Regelsberger, H.R. § 61, 2. Da indessen nach Bayrischem Recht die Löschung einer bezahlten Hypothek auf einseitigen Antrag des Gläubigers vollzogen werden kann, so muß der Schuldner, um sich sicher zu stellen, sein Recht durch Protestation wahren Regelsberger, H.R. § 18, 16 und § 61, 5.

[11] Gönner, Commentar I. 580; Roth, Bayr. C.R. (1) § 194, 7; Regelsberger, H.R. § 61, 11.

[12] Er kann die Hypothek nicht auf seinen Namen umschreiben lassen Regelsberger, H.R. § 60, 8.

[13] Regelsberger, H.R. § 61, 1.

[14] Regelsberger, H.R. § 60 Nr. 2.

[15] Regelsberger, H.R. § 91 Nr. 7; Siegmann, H.R. § 29, 5; Lang, Sachenrecht § 186, 54; Müller, Pf.R. § 71, 9.

[16] Regelsberger, H.R. § 91. I; Exner, H.R. § 64, 11.

[17] Dernburg, Pr. P.R. I. § 334 Nr. 1; Regelsberger, H.R. § 91, 1; Exner, H.R. § 64, 10.

[18] Dernburg, Pr. P.R. I. § 334 Nr. 1; Regelsberger, H.R. § 91. 1; Meibom, H.R. § 18, 63; § 33, 11; Exner, H.R. § 64, 4. Bei Theilung einer Hypothek haben, wenn nichts anderes bestimmt ist, die einzelnen Theilhypotheken gleichen Rang.

Digitized by Google

bewirkt die Rangabtretung eines vorgehenden Gläubigers gegenüber einem nicht unmittelbar nachfolgenden keine Veränderung der Priorität [19].

Das aus der Eintragung sich ergebende Rangverhältniß der Vor- und Nachhypotheken oder Grundschulden bewirkt nicht eine Verschiedenheit des Pfandrechts, sondern ist nur bestimmend für die Befriedigung bei Zwangsverkauf und im Conkurs [20]. Die durch die Eintragung bestimmte Rangordnung gilt für die Hypotheken und Grundschulden nur während ihres Bestandes. Mit Löschung einer Post rücken die ihr nachstehenden Posten vor [21], und es ist nur für diejenigen Rechte eine Ausnahme gegeben, welche das Princip der festen Prioritäten angenommen haben [22].

Das französische Recht stellt für die Bestimmung der Priorität der Hypotheken unter sich den Grundsatz auf, daß der Rang der inskriptionspflichtigen Hypotheken nach der Zeit der Inskription sich richtet [23]. Bestimmend ist nur der Tag der Inskription, so

---

[19] Vgl. oben § 312, 3.

[20] Regelsberger, H.R. § 94. II.

[21] Dieser Grundsatz ist in den meisten Hypothekenordnungen ausdrücklich ausgesprochen Pr. E.E.G. § 62 Dernburg, Pr. P.R. I. § 336, 11; Bayern H.G. § 84 Regelsberger, H.R. § 27, 3; Württemberg Pf.G. Art. 135; Altenburg und Reuß ä. L. H.O. § 129; Reuß j. L. H.O. § 128; Rudolstadt H.O. § 85; Darmstadt Pf.G. Art. 102; Lübeck, H.O. § 41. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 64. Auch nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. ist dieß anzunehmen, obwohl die betreffende Bestimmung des H.G. 1843 § 126 in das B.G.B. Aufnahme nicht gefunden hat. Da dieser Grundsatz eine Consequenz des Princips der Untheilbarkeit des Pfandrechts ist, so findet er nach allen Rechten Anwendung, die ihn nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben. Das Vorrücken kann von dem Eigenthümer nach einigen H.O. verhindert werden durch Offenhaltung des Foliums oben Note 9 und durch Ueberschreibung auf eignen Namen oben § 316.

[22] Es ist dieß jetzt nur noch in den neueren Mecklenburgischen H.O. anerkannt Meibom, H.R. § 33, 20. Dagegen ist die H.O. von Lübeck, welche früher gleichfalls das Princip der festen Prioritäten ausgesprochen hatte, in H.O. 1880 § 41 zu dem entgegengesetzten Grundsatz übergegangen. Vielfältig wurde früher die sog. Lokustheorie (Theorie der festen Prioritäten) als allgemein geltendes Princip vertheidigt s. Exner, H.R. § 61, 3. Jetzt ist sie in der Preußischen Gesetzgebung, für die sie durch v. d. Hagen, Hypothek des Eigenthümers 29 aufgestellt wurde, gesetzlich verworfen Pr. E.E.G. § 62.

[23] C. c. Art. 2134.

Digitized by Google

daß die an demselben Tag inskribirten Hypotheken unter sich gleichen Rang haben[24]. Die Regel der Prioritätsbestimmung nach der Zeit der Eintragung erstreckt sich indeß nicht auf die inskriptionsfreien Legalhypotheken und die Immobiliarprivilegien.

I. Die inskriptionsfreien Legalhypotheken[25] haben gegenüber den inskribirten Hypotheken die Priorität nach der Zeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses anzusprechen, welches zur Begründung des gesetzlichen Pfandrechts Veranlassung giebt; für sie beginnt der Altersvorzug vor allen damals nicht inskribirten Hypotheken mit diesem Datum, und zwar gelten hier folgende Grundsätze:

1. Die Legalhypothek der Bevormundeten beginnt mit Entstehung der Vormundschaft für alle Forderungen aus derselben ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der einzelnen Forderung[26].

2. Die Legalhypothek der Ehefrau beginnt:

a. für das der Ehefrau im Ehevertrag zugewendete und alles von ihr in die Ehe gebrachte Vermögen mit dem Tag der Eheschließung[27];

b. für das von der Ehefrau während der Ehe ererbte Vermögen mit dem Tag des Erbschaftsanfalls[28];

c. für das von der Ehefrau, während der Ehe durch Freigebigkeit erworbene Vermögen mit dem Tag, an welchem die Schenkung in Wirksamkeit tritt[29];

d. für Schadloshaltung wegen der mit dem Ehemann übernommenen Verbindlichkeiten mit der Entstehung derselben[30];

e. für den Werth der während der Ehe einseitig von dem Ehemann veräußerten und nicht ersetzten Sondergüter der Ehefrau mit dem Tag der Veräußerung[31].

---

[24] C. c. Art. 2147. Dieser Grundsatz ist in das Bayrische und Württembergische Recht übergegangen, oben Note 5.

[25] Vgl. über diese oben § 296 und 303.

[26] C. c. Art. 2135 Nr. 1; Puchelt, H.R. § 41, 3.

[27] C. c. Art. 2135 Nr. 2a; Zachariä § 264, 27; Aubry § 264 ter, 64 und 71 folg.

[28] C. c. Art. 2135 Nr. 2b; Aubry § 264 ter, 66.

[29] C. c. Art. 2135 Nr. 2b; Puchelt, H.R. 41, 15. Nach Aubry § 264 ter, 67 datirt sie von dem Tag an, an welchem die Verantwortlichkeit des Ehemanns dafür begonnen hat.

[30] C. c. Art. 2135, 2c; Zachariä § 264, 32; Puchelt, H.R. § 41, 16.

Digitized by Google

II. Die Immobiliarprivilegien, so weit sie als solche gewahrt sind[32], gehen im allgemeinen den inskribirten Hypotheken vor[33]. Hievon ist nur insoferne eine Ausnahme gemacht, als diejenigen Hypotheken, welche ihrer Natur nach von den Gläubigern als Immobiliarprivilegien anerkannt werden müssen, von dieser Regel nicht betroffen werden, demnach den Immobiliarprivilegien vorgehen[34]. Unter diesen Gesichtspunkt fallen diejenigen Hypotheken, für welche der aus dem Privilegium Berechtigte oder sein Rechtsvorfahr als Autor erscheint. Daher gehen die von ihm selbst oder seinem Rechtsvorfahr bestellten Hypotheken dem Privilegium des Verkäufers[35] und die bei dem Erbanfall auf den Immobilien des Nachlasses ruhenden Hypotheken dem Privilegium der Miterben vor[36].

Die Immobiliarprivilegien des Verkäufers der Miterben und der Baumeister[37], soweit sie gewahrt sind[38], haben unter sich den Rang nach der Beschaffenheit der Forderung nicht nach der Zeit der Entstehung oder der der Inskription[39]. Die Priorität der Privilegien unter sich bestimmt sich hiernach in folgender Weise:

1. Das Privilegium des Baumeisters, da es sich auf den Betrag der Wertherhöhung des Objekts durch die Bauführung beschränkt, hat den Vorzug vor dem Privilegium des Verkäufers und des Miterben[40].

---

[31] C. c. Art. 2135 Nr. 2c; Aubry § 264 ter, 74; Puchelt, H.R. § 41, 17.

[32] Vgl. oben § 303, 71 folg. Die nicht gewahrten und als Hypotheken eingetragenen Immobiliarprivilegien haben die Priorität nur als Hypotheken anzusprechen Aubry § 290, 1.

[33] C. c. Art. 2095.

[34] Puchelt, H.R. § 10, 2; Zachariä § 256, 3a. Eine Ausnahme ist nur für das Privilegium der Baumeister begründet, welches in Beschränkung auf den Mehrwerth allen älteren Hypotheken vorgeht Zachariä § 291, 1.

[35] Zachariä § 263, 4.

[36] Zachariä § 286, 1.

[37] In den Darstellungen werden nur diese drei aufgeführt, weil das Privilegium des Darleihers zum Ankauf C. c. Art. 2103 Nr. 2 und des Darleihers zur Lohnzahlung C. c. Art. 2103 Nr. 5 auf Subrogation der Privilegien des Verkäufers und Baumeisters zurückzuführen demnach von selbst in diesen enthalten ist Aubry § 290, 5.

[38] Vgl. oben Note 32.

[39] Zachariä § 291, 2; Puchelt, H.R. § 33, 2.

[40] Puchelt, H.R. § 33, 4; Zachariä § 291, 1.

Digitized by Google

2. Die Privilegien des Verkäufers und des Miterben haben unter sich den Rang nach der Zeit der Entstehung [41].

3. Bei successiven Verkäufen desselben Immobiles hat das ältere Verkaufsprivilegium den Vorzug vor dem jüngeren [42]. Derselbe Grundsatz gilt bei successiven Theilungen, wenn ein mit einem Theilungsprivilegium behaftetes Objekt in eine neue Theilung fällt [43].

Auch nach französischem Recht kann die Rangordnung der Hypotheken durch Disposition des Gläubigers eine Aenderung erleiden, indem dieser den Vorrang seiner Hypothek einem anderen Gläubiger einräumt [44]. Dagegen ist dem französischen Recht weder der Rangvorbehalt noch das Offenhalten der Stelle bekannt [45]. Die Lokustheorie ist mit den Grundsätzen des französischen Rechts nicht vereinbar [46].

Abschnitt 9.

Beendigung des Pfandrechts [1].

§ 320.

I. Im Allgemeinen.

Für die Beendigung des Rechts der Hypotheken und Grundschulden sind die allgemeinen für die Beendigung des Pfandrechts geltenden Grundsätze maßgebend. Die Beendigungsgründe sind

---

[41] Zachariä § 291, 2. Wird ein mit einem Theilungsprivilegium behaftetes Objekt verkauft, so steht das Privilegium des Verkäufers hinter dem Theilungsprivilegium zurück und umgekehrt Puchelt, H.R. § 33, 5.

[42] Puchelt, H.R. § 33, 6.

[43] Puchelt, H.R. S. 75.

[44] Vgl. oben § 312, 18 f.

[45] Beide Einrichtungen sind mit den für die Inskription geltenden Grundsätzen nicht vereinbar.

[46] Es ergibt sich dieß schon daraus, daß das französische Recht inskriptionsfreie Hypotheken kennt.

[1] Vgl. Förster Eccius § 195. 200; Dernburg, Pr. P.R. I. § 336; Regelsberger, H.R. § 96—98; Römer, H.R. § 53—55; Lang, Sachenrecht § 194; Meibom, H.R. § 35—38; Siegmann, H.R. § 39—46; Müller, Pf.R. § 85—102; Exner, H.R. § 78.

Digitized by Google

theils allgemeine auch bei anderen Rechten sich findende, theils sind sie in den Hypothekengesetzen besonders bestimmt[2]. Für den Eintritt der Beendigung haben unsere H.O. folgende Systeme:

1. nach dem einen System ist die Erlöschung des Pfandrechts von der Löschung im Hypothekenbuch nicht abhängig. Die Erlöschung erfolgt vielmehr mit Eintritt der Thatsache, an welche das Gesetz die Erlöschung der Hypothekforderung knüpft, und wirkt auch ohne Löschung für die Interessenten unter sich und für die in Kenntniß davon befindlichen Dritten. Dabei begründet der Eintritt des Erlöschungsgrundes für den Eigenthümer das Recht auf Löschung anzutragen. Die Löschung im Hypothekenbuch ist nach diesem System insoferne von Bedeutung, als der gutgläubige Erwerber einer erloschenen aber im Hypothekenbuch nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprincip in seinen Rechten geschützt wird[3]. Dieß findet sich in folgenden Rechten: Nach Bayrischem Recht tritt die Erlöschung der Hypothek unter den Interessenten mit Eintritt des Erlöschungsgrundes ein[4], und es wirkt dieß auch gegenüber den in Kenntniß davon befindlichen Dritten[5]. Dagegen wird der gutgläubige Erwerber einer erloschenen aber im Hypothekenbuch nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprincip geschützt[6]. Nach Württembergischen Recht erlischt das Pfandrecht

---

[2] Die Annahme von Regelsberger, H.R. § 97 im Eingang, daß für das Hypothekenrecht nur solche Beendigungsgründe gelten, die im Hypothekengesetz ausdrücklich anerkannt sind, ist nicht einmal für das Bayrische Recht richtig, da das Bayrische H.G. die Beendigung durch Eintritt einer Resolutivbedingung nicht besonders erwähnt, obwohl dieser Beendigungsgrund zweifellos anerkannt werden muß Regelsberger, H.R. § 97. VI. Das Gleiche gilt von der Expropriation. Mehrere H.O. führen allerdings die Erlöschungsgründe einzeln auf, namentlich die von Bayern, Württemberg, Sachsen-Weimar und Darmstadt; dagegen führen die anderen die Erlöschungsgründe nicht einzeln auf, sondern entnehmen dieselben dem Civilrecht.

[3] Regelsberger, H.R. § 96; Lang, Sachenrecht § 185. I. § 195. VI; Römer, H.R. § 14. Vgl. oben § 296, 7.

[4] Bayern H.G. § 83. „Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlung sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschungsgrund vorhanden ist. Wie ferne daraus Rechte gegen einen Dritten entstehen, ist nach den Bestimmungen der § 25 und 26 zu beurtheilen."

[5] Es ist dieß eine Consequenz des Publicitätsprincips Regelsberger, H.R. § 33 Nr. 1 und § 34.

[6] Regelsberger, H.R. 470; Lehner, H.R. § 178 Nr. 2.

Digitized by Google

mit Eintritt eines der im Gesetz aufgeführten Erlöschungsgründe[7]; die Löschung im Unterpfandsbuch ist nicht Erforderniß der Erlöschung des Unterpfandrechtes, dient aber zum Schutz gegen weitere Verfügungen des Gläubigers der erloschenen Hypothek[8]. Das gleiche ist nach den Pfandgesetzen von Weimar[9] und Meiningen[10] anzunehmen.

II. Die andere Classe unterscheidet zwischen den Erlöschungsgründen, welche von selbst wirken, in der Art, daß mit ihrem Eintritt die Hypothek erlischt, und denjenigen, bei welchen das Erlöschen von der Löschung im Hypothekenbuch bedingt ist, die also nur einen Titel zur Löschung geben. Diese Gestaltung findet sich in folgenden Landesrechten: Nach dem Recht des sächsischen B.G.B. erlischt die Hypothek von selbst mit Untergang des Objekts, Zeitablauf und Zwangsversteigerung; in allen anderen Fällen erlischt die Hypothek nur durch Löschung im Hypothekenbuch[11]. Nach dem hessischen Pfandgesetz erlischt die Hypothek von selbst mit Zeitablauf und dem völligen Untergang des Pfandobjekts; alle anderen Erlöschungsgründe bilden nur einen Rechtstitel für

---

[7] Württemberg Pf.G. Art. 123: Das Unterpfand erlischt unter den nachfolgenden näheren Bestimmungen .... Art. 135: Ist das Unterpfand erloschen, so wird dasselbe im Unterpfandsbuche gelöscht.

[8] Württemberg Pf.G. Art. 58; Lang, Sachenrecht § 185, 9.

[9] Weimar Pf.G. § 195: Wenn eine Hypothek durch den Eintritt eines der zuvor gedachten Aufhebungsgründe erloschen oder an sich ungiltig ist, so hat der Pfandschuldner sowie jeder dritte Besitzer das Recht, die Bemerkung der eingetretenen Aufhebung oder Ungiltigkeit (Löschung) im Hypothekenbuch zu verlangen. Die Bestimmung § 197: „Bis zu erfolgter Löschung hat die Unterpfandsbehörde eingetragene oder vorgemerkte Hypotheken . . als fortbestehend zu betrachten" hat die Bedeutung, daß der gutgläubige Erwerber einer erloschenen aber nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprincip geschützt wird.

[10] Meiningen Gr.B.G. Art. 10: „Solange eine im Hypothekenbuch eingetragene Hypothek nicht wieder gelöscht ist, kann jeder Dritte dieselbe als fortbestehend betrachten". Diese sehr mangelhaft gefaßte Bestimmung ist dahin auszulegen, daß der Erlöschungsgrund mit seinem Eintritt unter den Interessenten wirkt, daß jedoch der gutgläubige Erwerber einer erloschenen aber nicht gelöschten Hypothek den Schutz der Publicität genießt.

[11] Sachsen B.G.B. § 450—453. Nach G.O. 1865 § 213. 214 wird zwar auch in den ersteren Fällen die Löschung eingetragen, jedoch nur zur besseren Uebersicht Siegmann, H.R. § 39—42; die Löschung deklarirt hier nur das eingetretene Ende des Rechts Förster Eccius § 200, 1.

Digitized by Google

die Löschung [12]. Nach den Rechten von Altenburg und beiden Reuß erlöschen die Hypotheken von selbst mit Zeitablauf Untergang des Objektes und gerichtlicher Zwangsversteigerung; die anderen Erlöschungsgründe sind nur Rechtstitel zur Löschung, deren Vornahme Voraussetzung der Wirksamkeit gegen Dritte ist [13]. Nach Oesterreichischem Recht erlischt das Pfandrecht von selbst mit Untergang der Sache, Verzicht des Gläubigers und Zeitablauf [14], dann bei Subhastation [15], dagegen erlischt die Hypothek bei Tilgung [16] und Confusion [17] nur unter Voraussetzung der Löschung.

III. Eine dritte Classe von Rechten bestimmt, daß das Pfandrecht nur durch Löschung aufgehoben werde [18]. Indeß ist dieß nicht dahin aufzufassen, daß nach diesen H.O. alle Erlöschungsgründe nur durch Löschung zur Wirkung kommen, wenigstens ist es nach Preußischem [19] und Mecklenburgischem Recht [20] anerkannt,

---

[12] Hessen Pf.G. Art. 146. 163.

[13] Altenburg und Reuß ä. L. H.O. § 127; Reuß j. L. H.O. § 126. Diese dem Sächsischen H.G. 1843 § 124 entnommene Bestimmung unterscheidet sich von den Bestimmungen des Sächsischen B.G.B. und des Hessischen Pf.G. darin, daß die Löschung nur im Verhältniß zu Dritten für die Beendigung der Hypothek erforderlich ist.

[14] Oesterreich A.B.G.B. § 467. 468. Vgl. Exner, H.R. § 83 Nr. 1. 2 und § 84 Nr. 4.

[15] Exner, H.R. § 84 Nr. 5.

[16] A.B.G.B. § 469; Exner, H.R. § 79. 80.

[17] A.B.G.B. § 1446; Exner, H.R. § 83 Nr. 3.

[18] Pr. E.E.G. § 57. „Das Hypothek- und Grundschuldrecht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben". Anhalt G.B.G. § 9. „Die in das Grundbuch eingetragenen Rechte und Hypotheken gehen durch Löschung im Grundbuch unter. Die Beendigungsgründe des bürgerlichen Rechts mit Ausnahme der Verjährung geben einen Anspruch auf Löschung." Hamburg, H.O. § 43. „Das Recht aus einem in die Hypothekenbücher eingetragenen Renten- oder Capitalposten erlischt mit der Tilgung des Postens." Rudolstadt, H.O. § 42. „Die Hypothek wird durch die rechtmäßige Löschung der eingetragenen Forderung im Hypothekenbuch aufgehoben." Ebenso bestimmen die Mecklenburgischen H.O.: „Mit Ausnahme der Fälle des Concurses erlischt die Wirkung der Eintragung nur durch Tilgung." Meibom, H.R. § 35, 1.

[19] Achilles Ges. 296 rechnet dahin Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und Eintritt einer Resolutivbedingung, Bahlmann, Gr.B.O. 207 Eintritt eines Endtermins und Untergang der Sache, Dernburg, Pr. P.R. I. § 336, 14 Untergang, Enteignung und Zwangsverkauf.

[20] Meibom, H.R. § 35, 4 rechnet dahin Untergang der Sache, Eintritt eines Endtermins und einer Resolutivbedingung.

Digitized by Google

daß bestimmte Erlöschungsgründe auch ohne Löschung die Beendigung der Hypothek herbeiführen, und sonach ist diese Classe von der zweiten Classe principiell nicht verschieden.

Nach französischem Recht verliert die Inskription ihre Wirkung nur durch Löschung. Solange die Inskription nicht gelöscht ist, kann der Gläubiger seine Rechte gegen den Schuldner daraus geltend machen [21]. Der dritte Erwerber muß bei Einleitung des Purgationsverfahrens die nicht gelöschten inskribirten Forderungen, auch wenn sie erloschen sind, als fortbestehend behandeln [22], und der Hypothekenbewahrer muß die nichtgelöschte Inskription, auch wenn die Forderung erloschen ist, in seinem Zeugniß aufführen [23].

---

§ 321.

II. Die Erlöschungsgründe.

Nach den deutschen Hypothekenordnungen sind als Gründe der Erlöschung des Pfandrechts folgende aufzuführen:

I. Ungültigkeit der Bestellung. Die Gründe, welche die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld bewirken, sind, wenn sie rechtlich festgestellt sind, für die Löschung maaßgebend [1].

II. Veränderungen des Hypothekenobjekts.

1. Durch gänzlichen Untergang des Hypothekenobjekts erlischt die Hypothek (Grundschuld), lebt aber mit Wiederherstellung der Sache wieder auf [2]. Theilweiser Untergang der Sache ändert

---

[21] Puchelt, H.R. 275. Der Beklagte hat das Erlöschen der Forderung einredeweise entgegenzuhalten.

[22] Puchelt, H.R. 276. Dem Erwerber steht die Befugniß zu, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und er kann die Garantieklage anstellen Puchelt, H.R. 276.

[23] C. c. Art. 2197. 2198; Puchelt, H.R. 275.

[1] Regelsberger, H.R. § 99; Sachsen B.G.B. § 465; Siegmann, H.R. § 46; Lang, Sachenrecht § 194. IX; Exner, H.R. § 81.

[2] Förster Eccius § 195, 2; Bayern H.G. § 76; Regelsberger, H.R. § 97. I; Sachsen B.G.B. § 450; G.O. 1865 § 215; Siegmann, H.R. § 40,1 a; Altenburg H.O. § 104; Reuß ä. L. H.O. § 102a. b; Reuß j. L. H.O. § 103; Württemberg Pf.G. Art. 123 Nr. 2, Art. 125; Lang, Sachenrecht § 194; Römer, Pf.R. § 53. I; Darmstadt Pf.G. Art. 146 Müller, Pf.R. § 87; Weimar Pf.G. § 168; Oesterreich A.B.G.B. § 467 Exner, H.R. § 83 Nr. 1.

Digitized by Google

nichts an den Verhältnissen, da das Pfandrecht an dem unversehrten Theil unverändert fortdauert[3]. Brennt ein Gebäude ab, so bleibt das Pfandrecht an dem Bauplatz bestehen und ergreift den darauf aufgeführten Neubau[4]. Ein Anspruch auf die Brandversicherungsgelder ist den Pfandgläubigern nur nach einzelnen Hypothekenordnungen eingeräumt[5]. Umgestaltung des Pfandobjekts ist ohne Einfluß auf den Bestand der Unterpfandsverhältnisse[6].

2. Bei Expropriation geht das Eigenthum mit Perfektion der Zwangsenteignung durch Hinterlegung der Entschädigungssumme von selbst auf den Exproprianten über. Die Rechte der Pfandgläubiger gehen auf die Entschädigungssumme über, und die Pfandrechte an dem enteigneten Objekt erlöschen[7].

III. Veränderungen in dem Pfandrecht. Diese können eintreten:

1. Durch Entsagung des Gläubigers. Der Gläubiger kann unbeschadet des Bestandes seines Forderungsrechtes auf die für dieselbe bestellte Hypothek verzichten[8]. Der Verzicht kann auch stillschweigend geschehen[9]. Ein stillschweigender Verzicht liegt weder

---

[3] Pr. L.R. I. 20. 261; Gönner, Commentar I. 562; Siegmann, H.R. § 40, 2; Darmstadt Pf.G. Art. 148.

[4] Bayern, H.G. § 76; Regelsberger, H.R. § 72 Nr. 1; Siegmann, H.R. § 40, 3; Württemberg Pf.G. Art. 125; Römer, Pf.R. § 22, 16; Rudolstadt H.O. § 44; Darmstadt Pf.G. § 149. 150; Weimar Pf.G. § 169. Nach Württemberg Pf.E.G. Art. 26 und Weimar Pf.G. § 177 wird, wenn aus polizeilichen Gründen der Wiederaufbau auf einer anderen als der ursprünglichen Fläche angeordnet wird, das Unterpfandsrecht auf diese und das darauf errichtete Gebäude übertragen. Eine ähnliche Bestimmung hat Darmstadt Pf.G. Art. 64 Müller, Pf.R. § 55.

[5] Vgl. oben § 307, 18.

[6] Bayern H.G. § 77; Württemberg Pf.G. Art. 125, 1; Altenburg H.O. § 105; Reuß ä. L. H.O. § 102c; Reuß j. L. H.O. § 104; Darmstadt Pf.G. Art. 146.

[7] Vgl. oben § 246, 60.

[8] Pr. L.R. I. 20. 47 Förster Eccius § 195, 9; Bayern H.G. § 79 Regelsberger, H.R. § 97. V; Sachsen B.G.B. § 455 Siegmann, H.R. § 43, 2; Altenburg H.O. § 116; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 115; Württemberg Pf.G. § 128; Darmstadt Pf.G. § 152, 3; § 158; Weimar Pf.G. § 161; Rudolstadt H.O. § 51; Oesterreich A.B.G.B. § 467 Exner, H.R. § 83 Nr. 2.

[9] Vgl. Regelsberger, H.R. § 97, 17; Müller, Pf.R. § 92, 2; Exner,

Digitized by Google

in der Einwilligung des Gläubigers zur Bestellung einer Nachhypothek[10], noch in der Annahme eines anderen Pfandes[11], wohl aber in der Beschränkung der Cession auf die Forderung mit Ausschluß des Pfandrechts[12]. Ein Verzicht liegt ferner nicht in der Einwilligung des Hypothekgläubigers zur Veräußerung des Hypothekenobjekts als ganzes[13], nach einigen Hypothekenordnungen ist jedoch ein solcher Verzicht in der vorbehaltlosen Einwilligung zur Veräußerung von Trennstücken gegeben[14].

2. Durch Zwangsverkauf. Bei gerichtlichem Zwangsverkauf geht das Objekt frei von allen Hypotheken (Grundschulden), die nicht ausdrücklich als fortbestehend auf dasselbe überwiesen werden, auf den Käufer über, und es werden die nicht übernommenen Hypotheken (Grundschulden) gelöscht[15]. Nach Württembergischem Recht findet dieß auch bei freiwilligem Verkauf statt, indem bei freiwilligem Verkauf, welchen die Hypothekgläubiger genehmigt oder

---

H.R. § 83, 15. Nach Württemberg Pf.G. Art. 123 Nr. 4 muß die Entsagung ausdrücklich geschehen Römer, H.R. § 53, 7.

[10] Bayern H.G. § 79; Sachsen B.G.B. § 457; Darmstadt Pf.G. Art. 158; Weimar Pf.G. § 162; Rudolstadt H.O. § 51.

[11] Sachsen B.G.B. § 457; Darmstadt Pf.G. Art. 158; Weimar Pf.G. § 162.

[12] Vgl. oben § 315, 11.

[13] Bayern H.G. § 79; Sachsen B.G.B. § 457; Altenburg H.O. § 117; Reuß ä. und j. L. H.O. § 116; Württemberg Pf.G. Art. 128; Darmstadt Pf.G. Art. 158; Weimar Pf.G. § 162; Rudolstadt H.O. § 51; Exner, H.O. § 83, 16.

[14] Bayern H.G. § 40; Sachsen B.G.B. § 420; Altenburg, H.O. § 60, § 117; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 59, § 116; Oesterreich Exner, H.R. § 83, 18. 19. Nach den andern Rechten ist der Consens allein nicht hinreichend, sondern es ist erforderlich, daß die Gläubiger das Trennstück aus der Haft entlassen Pr. Gr.B.O. § 65. Ueber die Veräußerung von Trennstücken vgl. oben § 309, 15 folg.

[15] Pr. E.E.G. § 47; Bayern H.G. § 81; Subh.O. Art. 94; Altenburg H.O. § 106; Reuß ä. L. H.O. § 103; Reuß j. L. H.O. § 104; Rudolstadt H.O. § 47; Weimar Pf.G. § 164; Darmstadt Pf.G. § 152, 6; § 161. Nach Sachsen B.G.B. § 452 erlöschen die Hypotheken mit Eintragung der Zwangsversteigerung im Grundbuch. Nach einzelnen Rechten kann der Zuschlag nur ertheilt werden, wenn das Meistgebot den Betrag der der Forderung des betreibenden Gläubigers vorgehenden eingetragenen Forderungen übersteigt, welche dabei von selbst auf den Ersteher übergehen, vgl. oben § 313, 59.

Digitized by Google

dem sie nicht widersprochen haben, die durch den Kaufpreis nicht gedeckten Hypotheken erlöschen [16].

3. Zeitablauf. Der Zeitablauf kann in folgender Weise von Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechts sein:

a. Bestellung auf bestimmte Zeit. Dieß gilt nach dem einen Theil der Hypothekenordnungen als Beendigungsgrund für das Pfandrecht in der Art, daß mit Eintritt des Endtermins die Wirksamkeit desselben erlischt [17]; nach einem anderen Theil der Hypothekengesetze dagegen hat die Beisetzung eines Endtermins durch den Schuldner bei Verpfändung der eignen Sache nur die Bedeutung der Bestimmung eines Termins für Zahlung der Schuld [18], während die Beisetzung eines Endtermins durch einen Dritten, der seine Einwilligung zur Verpfändung des im Besitz des Schuldners befindlichen Hypothekenobjekts gegeben hat [19], und die Beisetzung eines Endtermins durch den Eigenthümer, der ein Pfandrecht für eine fremde Schuld bestellt hat [20], Beendigung Hypothek zur Folge hat.

b. Beisetzung einer Resolutivbedingung. Das unter einer Resolutivbedingung eingetragene Pfandrecht erlischt mit Eintritt der Bedingung [21].

c. Nach Weimarischem Recht erlischt die Eintragung mit Ablauf von 50 Jahren, wenn indessen eine Erneuerung nicht eingetreten ist [22].

---

[16] Württemberg Pf.G. Art. 130. 133; Lang, Sachenrecht § 194, 61.

[17] Bayern H.G. § 72; Sachsen B.G.B. § 451; Altenburg H.O. § 103; Reuß ä. L. H.O. § 101; Reuß j. L. H.O. § 101; Darmstadt Pf.G. § 146—147; Weimar Pf.G. § 182; Rudolstadt H.O. § 43; Oesterreich A.B.G.B. § 468; Exner, H.R. § 84 Nr. 4.

[18] Pr. L.R. I. 20. 57; Förster Eccius § 195, 22; Württemberg Pf.G. Art. 126, 1.

[19] Pr. L.R. I. 20. 60. 61; Förster Eccius § 195, 25; Württemberg Pf.G. Art. 127, 2.

[20] Pr. L.R. I. 20. 56; Förster Eccius § 195, 24; Württemberg Pf.G. Art. 127, 1.

[21] Sachsen B.G.B. § 454; Altenburg H.O. § 115; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 114; Darmstadt Pf.G. Art. 152; Rudolstadt H.O. § 50; Weimar Pf.G. § 178. Das Gleiche gilt nach Bayrischem Recht, obwohl das Gesetz keine Bestimmung darüber enthält Regelsberger, H.R. § 97, 18, dann nach Preußischem Recht Achilles Ges. 296 Nr. 2 Bahlmann, Gr.B.O. 207, und nach Oesterreichischem Recht Exner, H.R. § 84 Nr. 4.

Digitized by Google

4. Consolidation. Da das Pfandrecht ein Recht an fremder Sache ist, so gilt der Grundsatz, daß bei Vereinigung des Eigenthums und Pfandrechts in einer Person das letztere erlischt[23], soweit nicht Succession des Eigenthümers eintritt[24].

5. Erlöschen des Rechts des Verpfänders. Nach mehreren Rechten erlischt das Pfandrecht mit dem Erlöschen des Rechts des Verpfänders, der das Eigenthum unter einer Resolutivbedingung erworben hat[25]. Nach den anderen Rechten ist dieser Erlöschungsgrund nicht gegeben, indem diese theils die Eigenthumsübertragung unter einer Resolutivbedingung gar nicht zulassen[26], theils bei Eigenthumsübertragung unter einer Resolutivbedingung die Verpfändung ganz ausschließen oder in Folge, der damit verbundenen Dispositionsbeschränkung von der Zustimmung des Rückfallsberechtigten abhängig machen[27].

b. Nach mehreren Hypothekenordnungen kann der Eigenthümer gegen Hypotheken, die auf Grund genereller Rechtstitel eingetragen sind, Beschränkung des hypothekarischen Verbandes

---

[22] Weimar Pf.G. § 186. Es tritt ein besonderes Erneuerungsverfahren ein, das in Pf.G. § 190—194 geregelt ist.

[23] Regelsberger, H.R. § 97, 3; Müller, Pf.R. § 89. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Bayern H.G. § 161, 2; Darmstadt Pf.G. Art. 152, 4; Weimar H.G. § 160. Nach Sachsen B.G.B. § 458 kann Löschung verlangt werden.

[24] Die Consolidation bei Vereinigung der Rechte des Gläubigers und Schuldners schließen aus: Pr. E.E.G. § 65. 65; Sachsen B.G.B. § 443; Altenburg H.O. § 121; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 120; Hamburg H.O. § 35; Lübeck H.O. § 41; Oesterreich A.B.G.B. § 1446. Allgemein gilt dieser Grundsatz nach Mecklenburgischem Recht im Bereich aller Hypothekenordnungen Meibom, H.R. § 35, 12. Die anderen H.O. erkennen diesen Grundsatz nur in einzelnen Fällen an. Vgl. oben § 319, 40 f.

[25] Württemberg Pf.G. Art. 8; Lang, Sachenrecht § 166, 30; § 194, 42; Darmstadt Pf.G. Art. 10; Art. 152, 7 und Art. 162; Müller, Pf.R. § 90; Weimar Pf.G. § 178; Oesterreich A.B.G.B. § 468; Exner, H.R. § 84 Nr. 4. Nach Württemberg Pf.G. Art. 8 und Darmstadt Pf.G. Art. 10 geht, wenn der Rückfall des Eigenthums gegen Zahlung oder Erstattung eines Preises eintreten soll, das Recht des Gläubigers auf diesen Preis über Müller, Pf.R. § 34, 13.

[26] Vgl. oben § 259, 22.

[27] Vgl. oben § 299, 29. Ganz ausgeschlossen ist in diesem Fall die Verpfändung in Sachsen B.G.B. § 399.

Digitized by Google

auf die für die Sicherheit der eingetragenen Forderung genügenden Immobilien geltend machen[28].

IV. Veränderung im Forderungsrecht. Bei der accessorischen Hypothek ist mit Beendigung des dem Pfandrecht zu Grund liegenden Forderungsrechtes nach mehreren H.O. ein Anspruch auf Löschung der Hypothek gegeben. Es findet dieß in folgenden Fällen Anwendung:

1. Die rechtskräftige Entscheidung über Ungültigkeitserklärung der Forderung begründet einen Anspruch auf Löschung des Eintrags[29].

2. Jede Befriedigung der Forderung durch Tilgung der Schuld begründet Erlöschung der Hypothek[30].

3. Einzelne H.O. lassen auch die Verjährung als Erlöschungsgrund hypothekarisch versicherter Forderungen zu[31]; in den meisten ist sie jedoch ausgeschlossen[32].

4. Amortisation. Nach Bayrischem[33], Sächsischem[34], Mecklenburgischem[35] und Oesterreichischem Recht[36] ist für Löschung

[28] Vgl. oben § 309, 41 folg.

[29] Bayern H.G. § 165; Sachsen B.G.B. § 460; Württemberg Pf.G. Art. 123, 1; Weimar Pf.G. § 158.

[30] Bayern H.G. § 80; Sachsen B.G.B. § 459; Altenburg H.O. § 118; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 117; Württemberg Pf.G. Art. 123, 1; Darmstadt Pf.G. Art. 152, 1; Weimar Pf.G. § 158; Rudolstadt H.O. § 52; Oesterreich A.B.G.B. § 469. Es gehört dahin Aufhebung durch Schulderlaß, Vergleich, Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Compensation, Hinterlegung und Novation Exner, H.R. § 79. 80; Regelsberger, H.R. § 79. 97. III. Für diejenigen Rechte, welche die Eigenthümerhypothek ausgebildet haben, gilt dieser Rechtssatz nicht, da nach diesen die Löschung von dem Willen des Eigenthümers abhängt. Vgl. oben § 316, 74 folg.

[31] So das Darmstädtische Recht Pf.G. Art. 155 Müller, Pf.R. § 86, 6; die Mehrzahl der Mecklenburgischen H.O. Meibom, H.R. § 23, 41; Weimar Pf.G. § 159; Oesterreich A.B.G.B. § 1479; Exner, H.R. § 36, 13 und 37; § 80, 13; § 84, 18.

[32] Pr. L.R. I. 9. 511; I. 20. 534; Förster Eccius § 195, 16; Bayern H.G. § 32; Regelsberger, H.R. § 40; Sachsen B.G.B. § 462; Altenburg und Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 26; Württemberg Pf.G. Art. 73; Römer, Pf.R. § 16; Anhalt Gr.B.G. § 9; Rudolstadt H.O. § 43.

[33] Bayern H.G. § 82; Regelsberger, H.R. § 97. VII. B.

[34] Sachsen B.G.B. § 461; Siegmann, H.R. § 44; Altenburg H.O. § 124. 125; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 123—125; Rudolstadt H.O. § 53 und 86.

[35] R.R.H.O. § 23; D. H.O. § 20; R.St.B.O. § 27; Meibom, H.R. § 36, 14.

Digitized by Google

der im Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen ein besonderes Amortisationsverfahren vorgeschrieben. Wenn nämlich der rechtmäßige Inhaber der Hypothekforderung unbekannt ist, so kann, wenn seit der letzten auf diese Forderung sich beziehenden Handlung ein bestimmter Termin verstrichen ist[37], auf Antrag des Eigenthümers nach vorgängiger Ediktalladung die Forderung, für welche sich innerhalb des gesetzten Termins kein Berechtigter gemeldet hat, für erloschen erklärt werden[38]. Die übrigen Hypothekenordnungen kennen eine solche Bestimmung nicht.

Nach französischem Recht gelten für Immobiliarprivilegien und Hypotheken die nachstehenden Erlöschungsgründe:

I. Veränderungen des Hypothekenobjekts.

1. Gänzlicher Untergang der Sache bildet einen Erlöschungsgrund, während theilweiser Untergang ohne Einfluß ist[39].

2. Mit Expropriation gehen die Ansprüche aus Immobiliarprivilegien und Hypotheken auf die Entschädigungssumme über[40].

3. Wird das Eigenthum des Schuldners an der belasteten Liegenschaft mit rückwirkender Kraft aufgehoben, so werden die von ihm herrührenden Immobiliarprivilegien und Hypotheken beseitigt[41].

II. Veränderungen in dem Immobiliarprivilegium oder dem Unterpfand. Unter diesen Gesichtspunkt fallen folgende Erlöschungsgründe:

1. Verzicht. Der Gläubiger kann auf das Immobiliarprivilegium oder die Hypothek verzichten[42]. Der Verzicht kann aus-

[36] Oesterreich Gr.B.G. § 118—121; Exner, H.R. § 84 Nr. 6.

[37] Dieser ist nach Bayern H.G. § 22 und Sachsen B.G.B. § 461 30 Jahre, nach Altenburg H.O. § 124 und Reuß ä. und j. L. § 123 31 Jahre 6 Wochen und 3 Tage, nach Rudolstadt H.O. § 53 20 Jahre und nach Oesterreich Gr.B.G. § 128 50 Jahre. Die Mecklenburgischen H.O. haben keinen bestimmten Termin, sondern die Voraussetzungen präklusiver Proklamation Meibom, H.R. § 36, 20.

[38] Ueber das Verfahren vgl. Regelsberger § 98. VII. B. 2; Meibom, H.R. § 36. B.; Siegmann, H.R. § 44, 1; Exner, H.R. § 84, 23.

[39] Zachariä § 292, 5; Puchelt, H.R. § 83, 13.

[40] Puchelt, H.R. § 85, 10.

[41] Zachariä § 292, 3; Puchelt, H.R. § 83, 15.

[42] C. c. Art. 2180 Nr. 3. Nur bei der gesetzlichen Hypothek der Bevormundeten und der Ehefrau ist der Verzicht ausgeschlossen und nur Beschränkung gestattet Puchelt, H.R. § 42, 3 und 6.

Digitized by Google

drücklich oder stillschweigend geschehen, und setzt Annahme von Seite des Gläubigers nicht voraus [43]. Der ausdrückliche Verzicht ist an keine Form gebunden [44]. Der stillschweigende Verzicht liegt regelmäßig in der Einwilligung zum Verkauf des Pfandobjekts [45], nicht aber in der Einwilligung zu weiterer Verpfändung [46].

2. Bei Zwangsverkauf geht das Objekt auch nach französischem Recht frei von den Immobiliarprivilegien und inskribirten Hypotheken, die der Erwerber nicht ausdrücklich übernommen hat, über [47]. Ob der gleiche Grundsatz auf die nicht inskriptionspflichtigen Legalhypotheken sich erstrecke, ist bestritten [48].

3. Durch Consolidation erlöschen Immobiliarprivilegien und Unterpfandrechte, wenn der Gläubiger das Eigenthum des belasteten Objekts erwirbt [49].

4. Geltendmachung des Minderungsrechts. Die Judiciar- und Legalhypotheken können auf Antrag des Schuldners einer Reduktion unterzogen werden, wenn sich ergiebt, daß das freie liegenschaftliche Vermögen des Schuldners den Betrag der Forderung übersteigt [50]. In diesem Fall erlischt die Wirksamkeit der Hypotheken gegenüber denjenigen Immobilien, welche durch diese Beschränkung befreit werden.

III. Veränderungen im Forderungsrecht. Unter diesen Gesichtspunkt fallen folgende Erlöschungsgründe:

1. Wird die Forderung für ungültig erklärt, so erlöschen Immobiliarprivilegien und Hypotheken [51].

2. Tilgung der Hauptverbindlichkeit. Jede Tilgung der Hauptverbindlichkeit führt die Erlöschung der Immobiliarprivilegien und Hypotheken herbei [52].

---

[43] Aubry § 292, 19.

[44] Zachariä § 292, 2.

[45] Aubry § 292, 20.

[46] Aubry § 292, 22; Zachariä § 292, 2.

[47] Zachariä § 293, 16.

[48] Für die Bejahung entscheidet sich Zachariä § 293, 17. C. de pr. Art. 717 neuer Redaktion hat diese Entscheidung zum Gesetz erhoben Puchelt, H.R. § 85, 9.

[49] Zachariä § 292, 4; Puchelt, H.R. § 83, 10.

[50] Vgl. oben § 309, 88—90.

[51] C. c. Art. 1234 und 2180 Nr. 1; Aubry § 292 Nr. 1.

[52] C. c. Art. 2180 Nr. 1. Nach C. c. Art. 1234 sind hieher zu rechnen

Digitized by Google

3. Confusion. Durch Confusion erlöschen Immobiliarprivilegien und Hypotheken, wenn der Schuldner die Forderung erwirbt [53].

4. Verjährung. Immobiliarprivilegien und Hypotheken erlöschen mit der Verjährung der Klage gegen den Hauptschuldner [54]. Der dritte Besitzer kann von der Einrede Gebrauch machen, wenn er das Eigenthum durch Ersitzung erworben hat [55].

IV. Dem französischen Recht eigenthümlich sind folgende Erlöschungsgründe:

1. Zeitablauf. Nach französischem Recht verliert jede Inskription ihre Wirkung, wenn sie nicht innerhalb 10 Jahren von ihrem Datum an erneuert worden ist [56].

2. Erlöschen durch das Zeugniß des Hypothekenbewahrers. Wenn nach geschehener Transskription ein dritter Erwerber des Pfandobjekts sich von dem Hypothekenbewahrer ein Zeugniß über die in seinen Büchern eingetragenen Inskriptionen hat ausstellen lassen, so wird der Erwerber von den ausgelassenen in das Zeugniß nicht aufgenommenen Inskriptionen befreit, die Gläubiger aus den übergangenen Inskriptionen haben sich an den Kaufpreis zu halten [57].

3. Das Purgationsverfahren. Wenn nach Einleitung des Purgationsverfahrens [58] der Eigenthümer, da ein Uebergebot von Seite der Gläubiger nicht gemacht wurde, den in seinem Antrag angegebenen Preis entrichtet hat, so erlöschen diejenigen Forderungen, welche bei Vertheilung der Masse unter den Gläubigern nicht zur Befriedigung kamen [59].

Erfüllung, Novation, Schulderlaß, und datio in solutum Aubry § 282 Nr. 1; Zachariä § 292, 1; Puchelt, H.R. § 83, 1.

[53] Aubry § 292, 6; Puchelt, H.R. § 83, 5.

[54] C. c. Art. 2180 Nr. 4, 1; Zachariä § 293, 1; Aubry § 292, 11; Puchelt, H.R. § 84.

[55] C. c. Art. 2180 Nr. 4, 2; Zachariä § 293, 4.

[56] C. c. Art. 2151; Zachariä § 281; Puchelt, H.R. § 73. Ueber das Erneuerungsverfahren, vgl. Puchelt, H.R. § 78, 16.

[57] C. c. Art. 2198; Zachariä § 293 Nr. 3; Puchelt, H.R. § 85, 2.

[58] Vgl. oben § 309, 95 folg.

[59] Vgl. oben § 309, 108.

Digitized by Google

§ 322.

III. Die Löschung.

Die allseitige Beendigung der Hypothek (Grundschuld) setzt die Löschung derselben im Hypothekenbuch voraus. Diese kann in den durch das Gesetz bestimmten Fällen auf das Ersuchen einer Behörde verfügt werden[1], setzt aber regelmäßig einen Antrag der Betheiligten voraus. Dieser kann nach Preußischem[2], Sächsischem[3], Darmstädtischem[4] und Oesterreichischem Recht[5] nur von dem Eigenthümer gestellt werden, nach den anderen Rechten auch von dem Gläubiger[6]. Die Löschung setzt, wenn sie von dem Eigenthümer beantragt wird, immer Zustimmung des Gläubigers voraus, die, wenn sie nicht freiwillig ertheilt wird, durch Klagestellung erzwungen werden kann[7]. Durch die Löschung verliert die Hypothek (Grundschuld) ihre Wirksamkeit, und es tritt, wenn nicht das Gesetz anders bestimmt, Nachrücken der nachstehenden Gläubiger ein[8].

Nach französischem Recht kann die Löschung nur mit Zustimmung des Gläubigers oder seiner Vertreter oder auf Grund eines

---

[1] Pr. E.E.G. § 58.

[2] Pr. E.E.G. § 58.

[3] Sachsen B.G.B. § 463.

[4] Darmstadt Pf.G. Art. 164. Darnach sind auch Nachhypothekare und Berechtigte aus einem dinglichen Recht antragsberechtigt.

[5] Exner, H.R. § 85, 5. Den nachstehenden Hypothekgläubigern steht nach Oesterreichischem Recht ein Anspruch auf Löschung einer erloschenen Hypothek zum Zweck ihres Vorrückens nicht zu Exner, H.R. § 63, 9.

[6] Bayern H.G. § 85 und 158; Regelsberger, H.R. § 98; Württemberg Pf.G. § 210, 1; Altenburg H.O. § 127 und Weimar Pf.G. § 219, § 324, 1. Dieß gilt auch nach Mecklenburgischem Recht Meibom, H.R. § 36. Nach Hamburg H.G. § 4 und Lübeck, H.O. § 17 ist nur der Gläubiger Antragsberechtigter. Hiernach ist die Angabe bei Stobbe, P.R. § 115 nach Note 5 zu berichtigen, der behauptet, daß ohne Antrag des Eigenthümers auf bloßes Verlangen des bezahlten Gläubigers die Hypothek nicht gelöscht werden dürfe. Wie die hier gegebene Zusammenstellung beweist, ist diese Behauptung in dieser Allgemeinheit unrichtig.

[7] Pr. E.E.G. § 60; Bayern H.G. § 158, 4; Regelsberger, H.R. § 98; Weimar Pf.G. § 324, 2. Der Eigenthümer kann seinen Anspruch mit der actio negatoria verfolgen, vgl. oben § 266, 13.

[8] Vgl. oben § 321, 21.

Digitized by Google

in letzter Instanz ergangenen oder rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses vorgenommen werden [9]. Durch die Löschung verliert die Inskription ihre Wirksamkeit und sie lebt auch nicht wieder auf, wenn die derselben zu Grund liegende Einwilligung in der Folge für nichtig erklärt oder wenn das zu Grund liegende Urtheil kassirt wird, vielmehr hat in diesen Fällen der Gläubiger eine neue Inskription zu nehmen [10].

Titel II.

Pfandrecht an Mobilien [1].

§ 323.

Allgemeines.

Nach älterem Deutschem Recht [2] war die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien nur in der Form der Faustverpfändung zulässig [3]; es gab weder stillschweigende (gesetzliche) Pfandrechte [4] noch Generalpfandrechte [5]. Der Gläubiger hatte die Verpflichtung die Sache zu bewahren [6], und haftete nach älterem Recht auch für

---

[9] C. c. Art. 2157; Zachariä § 282, 2 folg.; Aubry § 281, 2.

[10] Zachariä § 282, 15; Puchelt, H.R. § 80, 12. Nach einer anderen Meinung ist die wiederhergestellte Inskription nur gegen diejenigen Gläubiger und diejenigen dritten Besitzer nicht wirksam, welche nach Löschung der Inskription inskribirt oder transskribirt worden sind Aubry § 281, 42.

[1] Vgl. Stobbe, P.R. § 155; Förster Eccius § 196. 197; Dernburg, Pr. P.R. I. § 354—360; Roth, Bayr. C.R. (1) § 197; Regelsberger, H.R. § 11; Lang, S.R. § 197—208; Müller, Pf.R. § 103—130. Ueber das kaufmännische Pfandrecht vgl. Laband, Z. f. H.R. IX. 225. 425; Goldschmidt, H.R. I. 872. 883. 951; Thöl, H.R. § 314; Endemann, H.R. II. § 176.

[2] Stobbe, P.R. § 154, wo auch Note 1 die einschlägige Literatur angeführt ist.

[3] Albrecht Gewere 132, 78. Die von Meibom, Pf.R. 410 aufgestellte Ansicht, daß das ältere Deutsche Recht auch Hypotheken (neuere Satzung) an Mobilien zugelassen habe, entbehrt der Begründung s. Stobbe in Krit. V.Schr. IX. 316 und P.R. § 154, 6.

[4] Stobbe, P.R. § 154, 4.

[5] Vgl. oben § 291, 41.

[6] Stobbe, P.R. § 154, 15. Das Recht der Benützung stand ihm im Mangel besonderer Verabredung nicht zu Stobbe, P.R. § 154, 16.

Digitized by Google

den Zufall [7], später nur für Verschulden [8]. Für die Geltendmachung bei Fälligkeit der Forderung finden sich in den Statuten zwei Richtungen. Nach der einen Classe wurde das Pfand dem Gläubiger, nachdem er den Schuldner zur Einlösung vergeblich aufgefordert hatte, gerichtlich zum Eigenthum zugeschlagen [9]; nach der anderen Classe wurde der Gläubiger, nachdem er den Schuldner zur Einlösung vergeblich aufgefordert hatte, zum außergerichtlichen Verkauf ermächtigt, wobei er die Hyperocha herauszugeben hatte, und einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verkauf nicht gedeckten Betrags der Forderung geltend machen konnte [10].

Mit Reception des römischen Rechts wurden die Grundsätze desselben auch für die Verpfändung von Mobilien maßgebend, und für diese also auch die Verpfändung durch Hypothekbestellung [11] die Bestellung eines Generalpfandrechts [12] und die Unterwerfung unter die gesetzlichen Pfandrechte zulässig. Die neuere Rechtsentwicklung hat indessen theils in Folge von Specialgesetzen [13], theils in Folge der neueren Hypothekengesetze, welche theils die

---

[7] Stobbe, P.R. § 154, 19; Haubold, P.R. § 212a.

[8] Stobbe, P.R. § 154, 22.

[9] Meibom, Pf.R. 332—338; Planck, Gerichtsverfahren II. 337; Stobbe, P.R. § 154, 25. Die Hyperocha hatte der Gläubiger hier nicht herauszugeben, hatte aber auch keinen Anspruch auf Ersatz des durch den Werth des Pfandes nicht gedeckten Betrags der Forderung. Diese Form findet sich im Rechtsbuch nach Distinktionen und im Freiburger und Goslarer Stadtrecht ausgebildet.

[10] Meibom, Pf.R. 338; Planck, Gerichtsverfahren II. 338; Stobbe, P.R. § 154, 36. Es findet sich dieß namentlich in dem Magdeburger Recht und den Stadtrechten von Hamburg und Lübeck. Meibom, Pf.R. 338 hält es für eine spätere Stufe der Entwicklung.

[11] Nach Stobbe, P.R. § 154, 11 war schon seit dem 15. Jahrhundert Hypothekbestellung an Mobilien mit dinglicher Wirkung zulässig.

[12] Schon nach gemeinem Recht ist es bestritten, ob der Eigenthümer durch das Generalpfandrecht bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen an die Einwilligung des Gläubigers gebunden sei s. Dernburg, Pf.R. I. § 65, 11; Goldschmidt, H.R. (1) I. 951, 10. Manche deutsche Landesrechte haben die verneinende Meinung recipirt s. Stobbe, P.R. § 108, 50; andere haben dieß jedoch bejaht, so das ältere Sächsische Recht Haubold, P.R. § 202d; Heimbach, P.R. § 213, 8, und Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 1; s. auch die bei Roth, Bayr. C.R. (2) § 83, 66 citirten Statuten.

[13] S. diese unten am Schluß.

Digitized by Google

Generalpfandrechte beseitigen [14], theils die Hypothekbestellung auf Immobilien beschränken [15], die Hypothekbestellung an Mobilien in den meisten Rechtsgebieten beseitigt [16], und es ist dieß neuerdings allgemein durch die Bestimmung der D.K.O. § 41 ausgesprochen, daß das Absonderungsrecht bei dem Mobiliarpfand nur dem Faustpfandgläubiger zukomme, wodurch allen Pfandrechten an Mobilien, die nicht Faustpfandrecht sind, die dingliche Wirkung entzogen ist. Das Mobiliarpfandrecht ist in folgenden Rechtsgebieten gesetzlich geregelt: Preußen Pr. L.R. 1.20; Hannover Ges. 14/12 1864; Nassau Pf. G. 15/5 1851 [17]; Sachsen B.G.B. § 466—494; Württemberg Pf. Ges. 15/4 1825 [18]; Darmstadt Ges. 15/9 1858 [19]; Oldenburg Ges. 13/4 1876 [20]; Braunschweig Ges. 18/3 1878 [21]; Weimar Ges. 6/5 1839; Coburg Gotha Ges. 14/7 1870; Anhalt Ges. 13/4 1870 Bremen H.F.O. 30/7 1860; C. civ. Art. 2072—2091 [22]; Baden L.R. 2072—2091; Oesterreich A.B.G.B. Abh. § 447—471.

---

§ 324.

I. Begründung.

Für die Begründung des Faustpfandrechts gelten folgende Grundsätze:

I. Gegenstand. Gegenstand des Faustpfandrechts sind

---

[14] Es ist dieß die Folge des in allen neueren H.O. ausgesprochenen Grundsatzes, daß nur Specialhypotheken in die Hypothekenbücher eingetragen werden dürfen Roth, Bayr. C.R. (1) § 186, 5; vgl. auch Roth, Bayr. C.R. (2) § 83, 67.

[15] Vgl. oben § 298.

[16] Die Rechtsgebiete, in denen dieß nicht der Fall war, sind in den Motiven zu K.O. § 40 aufgeführt.

[17] Bertram, P.R. § 373—382.

[18] Lang, S.R. § 197—200.

[19] Müller, Pf.R. § 103—130.

[20] Beaulieu Marconnaye, Gr.B.R. 159 f.

[21] Mansfeld, Gr.B.G. 213 f.

[22] Zachariä § 432—439.

Digitized by Google

körperliche bewegliche Sachen. Verpfändbar sind alle beweglichen Sachen, die dem Verkehr nicht entzogen sind[1], auch fungible Sachen[2]. Bei Verpfändung einer Sachgesammtheit sind die einzelnen Stücke verpfändet[3]. Bei Sachgesammtheiten, bei welchen die einzelnen Stücke zur Veräußerung bestimmt sind, treten die einzelnen Stücke mit der Veräußerung aus dem Pfandnexus, während die zur Ergänzung angeschafften Stücke von selbst in den Pfandnexus eintreten[4]. Zulässig ist die Verpfändung des ideellen Theils einer Sache[5].

II. Voraussetzung.

1. Der Verpfänder muß die Befugniß haben über die Sache zu verfügen[6]. Die Verpfändung einer fremden Sache ist ungültig, sie wird aber nachträglich gültig, wenn der Eigenthümer sie genehmigt[7], wenn der Verpfänder später Eigenthümer der Sache wird[8], und wenn der Eigenthümer ihn beerbt[9].

---

[1] l. 3. 6. Cod. 8. 17. Den beweglichen Sachen stehen Inhaberpapiere gleich Oldenburg Pf.G. Art. 16; Hessen Pf.G. Art. 169; Hannover Pf.G. § 42; Braunschweig Pf.G. § 1; Weimar Pf.G. § 3; Anhalt Pf.G. § 1.

[2] Ueber die Verpfändung von Geld vgl. Windscheid § 226a, 2; Dernburg, Pf.R. I. 429. Gerichtliche Pfändung von Geld gilt als Zahlung D. C.Pr.O. § 716.

[3] Förster Eccius § 192, 37.

[4] Windscheid § 226a, 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 356, 2; Förster Eccius § 192, 37.

[5] Dernburg, Pf.R. I. 430; Pr. L.R. I. 17. 69; Oesterreich A.B.G.B. § 829. Sachsen B.G.B. § 372 ist die Pfandbestellung an einem ideellen Antheil durch den Alleineigenthümer für unzulässig erklärt.

[6] l. 2 D. 13. 7; Bayr. L.R. II. 6. 6 Nr. 3; Pr. L.R. I. 20. 15; Sachsen B.G.B. § 469; Württemberg Pf.G. Art. 247.

[7] l. 16 D. 20. 1; Bayr. L.R. II. 6. 8 Nr. 2; Pr. L.R. I. 20. 72; Sachsen B.G.B. § 470. 472.

[8] l. 5 Cod. 8. 16; Arndts § 371 Nr. 4; Bayr. L.R. II. 6. 8 Nr. 2; Pr. L.R. I. 20. 16; Sachsen B.G.B. § 470; Weimar Pf.G. § 14. 15; Hessen Pf.G. Art. 173. A. M. für das gemeine Recht Windscheid § 230, b, der dem Pfandnehmer nur wenn er in gutem Glauben war, ein Klagerecht gewähren will. Unsere Landesrechte haben sich wie gezeigt dieser Ansicht nicht angeschlossen.

[9] Windscheid § 230, 9; Arndts § 371 Nr. 4; Dernburg, Pf.R. I. 269, 18; Bayr. H.R. II. 6. 8 Nr. 3; Pr. L.R. I. 20. 76; Sachsen B.G.B. § 470; Weimar Pf.G. § 15; Hessen Pf.G. Art. 173. Gemeinrechtlich wird von Manchen auf Grund der widersprechenden l. 41 D. 13. 7 das Gegentheil ange-

Digitized by Google

Eine Ausnahme ist begründet nach denjenigen Rechten, welche die Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber ausschließen [10], indem nach diesen unter den gleichen Voraussetzungen die Pfandbestellung durch den Nichteigenthümer Gültigkeit hat [11]. Ebenso ist nach denjenigen Rechten, welche die Vindikation gegenüber dem gutgläubigen Erwerber nur gegen Lösung zulassen, diese dem Pfandgläubiger nur unter dieser Voraussetzung gegeben [12]. Eine Ausnahme ist ferner begründet für Leihhäuser und Creditinstitute, welchen durch Privilegium das Recht eingeräumt ist, daß sie die von Nichteigenthümern verpfändeten Gegenstände nur gegen Lösung herauszugeben haben [13].

2. Das Mobiliarpfandrecht hat wie die Hypothek zur Sicherung einer Forderung zu dienen [14]. Nicht erforderlich ist indessen zur Entstehung, daß die Forderung bereits bestehe, das Pfandrecht kann auch zur Sicherung einer künftigen Forderung bestellt werden [15]. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung klagbar sei [16], wohl aber, daß sie gültig sei. Die Pfandbestellung für eine ungültige Forderung ist ungültig [17], und convalescirt auch nicht durch nachträgliches Gültigwerden der Forderung [18]; nur das Preußische

---

nommen s. Dernburg, Pf.R. I. 269, 18 Nr. 3. Unsere Landesrechte entscheiden wie gezeigt für die angeführte Meinung.

[10] Vgl. oben § 262, 17—27.

[11] Stobbe, P.R. § 155, 23.

[12] Vgl. oben § 262, 89; Stobbe, P.R. § 155, 23; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 1.

[13] Stobbe, P.R. § 155, 24.

[14] Windscheid § 225, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 4.

[15] Windscheid § 225, 6. Gemeinrechtlich wird überwiegend angenommen, daß in diesem Fall das Pfandrecht erst mit der Forderung entstehe s. Windscheid § 225, 7, und dieß ist anerkannt Sachsen B.G.B. § 471; andererseits wird angenommen, daß das Pfandrecht sofort zur Existenz gelange Dernburg, Pf.R. I. § 69; Schott in Ihering Jahrb. XV. 1., und dieß ist ausgesprochen Pr. L.R. I. 20. 14; Weimar Pf.G. § 8; Hessen Pf.G. Art. 3, 2.

[16] Windscheid § 225, 8; Dernburg, Pr. P.R. I. § 356, 7. Nach Pr. L.R. I. 20. 97. 98 ist der Empfänger die Sache bis zur Erstattung des Geleisteten zurückzuhalten befugt.

[17] Dernburg, Pf.R. I. 540, 3; Hessen Pf.G. Art. 3; Weimar, Pf.G. § 3.

[18] Unter Umständen kann indessen in der Pfandbestellung eine Confirmation einer entkräftbaren Forderung durch den Pfandbesteller liegen Dernburg, Pf.R. I. § 74.

Digitized by Google

Recht trifft die letztere Bestimmung [19]. Zulässig ist Pfandbestellung für eine fremde Schuld [20].

III. Entstehung.

Diese kann sein:

1. eine vertragsmäßige Bestellung. Der Bestellung kann ein Verpfändungsvertrag vorausgehen, welcher gemeinrechtlich keiner Form [21] nach Preußischem Recht der schriftlichen Form nach allgemeinen Grundsätzen bedarf [22], und Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts gewährt [23]. Zur Bestellung genügt die Tradition [24], nur einzelne Rechte setzen gleichzeitige Errichtung einer Verpfändungsurkunde voraus [25]. Der reellen Uebergabe steht die traditio brevi manu [26] und wo sie zulässig ist die symbolische Tradition [27] gleich. Dagegen reicht weder Besitzübertragung durch Constitutum possessorium [28] noch Vorbehalt eines Pfand-

---

[19] Pr. L.R. I. 20. 12. 13; Förster Eccius § 192, 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 6.

[20] l. 5 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 225, 10; Pr. L.R. I. 20. 49. 56; Förster Eccius § 192, 20; Sachsen B.G.B. § 371; C. c. Art. 2077.

[21] Windscheid § 230, 1.

[22] Förster Eccius § 193, 13.

[23] Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 14.

[24] Allgemein ist dieß durch die D. K.O. § 40 ausgesprochen, indem hier den Faustpfandgläubigern das Recht abgesonderter Befriedigung eingeräumt ist. Daß Bestellung durch Tradition genüge, entspricht den Bestimmungen unserer Landesrechte Pr. L.R. I. 20. 94; Förster Eccius § 193, 14; Bayr. L.R. II. 6. 1; Sachsen B.G.B. § 466; Hessen Pf.G. Art. 170; Braunschweig Pf.G. § 1; Oldenburg Pf.G. Art. 16; Bremen B. § 1; Oesterreich A.B.G.B. § 451; C. c. Art. 2076, und ist für das kaufmännische Pfand durch H.G.B. Art. 309 anerkannt.

[25] Hannover Pf.G. § 41, Nassau Pf.G. § 41, Württemberg Pf.G. Art. 246 allgemein, C. c. Art. 2074 und Baden L.R. Art. 2074 bei einem Werth von über 150 Frcs. Besondere Bestimmungen enthalten die Gesetze über gewerbsmäßige Pfandleihe, so das Preußische Gesetz 17/3 1881, dem eine Reihe von anderen nachgebildet sind s. Dernburg, Pr. P.R. I. § 360.

[26] Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 2; Sachsen B.G.B. § 468.

[27] Vgl. über diese oben § 257, 81. Eine solche nimmt Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 8 folg. für die Verpfändung von Waaren und Frachtschiffen an, und ersteres ist auch in dem R.G. über Darlehenskassen 21/7 1870 ausgesprochen. Vgl. Stobbe, P.R. § 155, 8 und 14.

[28] Dieses war gemeinrechtlich zweifellos genügend Roth, Bayr. C.R. (1) § 179, 45, ist aber in den meisten Landesrechten für die Mobiliarverpfändung ausgeschlossen s. Goldschmidt, H.R. I. 611, 16 und 844, 14; Stobbe,

Digitized by Google

rechts[29] zur Pfandbestellung hin. Ueber die geschehene Verpfändung wird dem Gläubiger nach mehreren Rechten ein Pfandschein ausgestellt[30]. Besondere Bestimmungen gelten für die Verpfändung von Seeschiffen, indem der Uebergabe die Eintragung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit dem beglaubigten Vermerk der Verpfändung versehenen Schiffsurkunde gleichgestellt ist[31].

2. Gesetzliche Bestimmung. Nach den Bestimmungen der R.K.O. § 41 haben ein gesetzliches Pfandrecht anzusprechen:

a. Die Reichskasse, die Staatskassen und Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provincialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen (R.K.O. § 41, 1).

b. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältniß in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstück befinden[32].

c. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses (R.K.O. § 41, 3).

d. Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethsverhältniß in

---

P.R. § 155, 7; Pr. L.R. I. 20. 105; Sachsen B.G.B. § 467; Württemberg Pf.E.G. § 40; Sachsen-Weimar Pf.G. § 35. 57; Braunschweig Pf.G. § 2; Anhalt Pf.G. § 2; Oldenburg Pf.G. Art. 17; Coburg Pf.G. § 2; Oesterreich A.B.G.B. § 451; C. c. Art. 2076. Auch für das Bayrische Recht ist dieß anzunehmen Roth, Bayr. C.R. (1) § 197, 47—51; Regelsberger, H.R. § 11, 10. Durch die Bestimmung des E.G. zur D. K.O. § 14, daß Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen nur bestehen, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt hat, ist dieß für das ganze Rechtsgebiet angenommen.

[29] Pr. L.R. I. 20. 104. 105; Sachsen B.G.B. § 467; Württemberg Pf.G. Art. 259; Hessen Pf.G. Art. 182; Weimar Pf.G. § 60; Nassau Pf.G. § 42; Weimar Pf.G. § 4; C. c. Art. 2076.

[30] Pr. L.R. I. 20. 95. 96; Sachsen B.G.B. § 1444; Oesterreich A.B.G.B. § 1370.

[31] E.G. zur K.O. § 14; vgl. Stobbe, P.R. § 155, 9; Oldenburg Pf.G. Art. 1—15; Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 10.

[32] R.K.O. § 41, 2; vgl. Stobbe, P.R. § 181, 37; Förster Eccius § 136, 206; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364.

Digitized by Google

Ansehung der eingebrachten Sachen, soferne die Sachen sich noch auf dem Grundstück befinden [33].

e. Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes in Ansehung der von demselben eingebrachten von ihnen zurückbehaltenen Sachen [34].

f. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen [35].

g. Diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung der zurückgehaltenen Sache [36].

h. Der Commissionär an dem Commissionsgut [37], der Spediteur am Speditionsgut [38], der Frachtführer am Frachtgut [39], der Verfrachter am Frachtgut [40] und an den Sachen des Passagiers wegen des Ueberfahrtgeldes [41], der Bergende für die Bergungs- und Hülfskosten an den geborgenen Gegenständen [42] und die Schiffsgläubiger [43] (R.K.O. § 41, 8).

Die gesetzlichen Pfandrechtstitel begründen ein Pfandrecht an den betreffenden Gegenständen, jedoch nur solange diese sich im Gewahrsam des Berechtigten oder auf seinem Grundstück befinden [44].

---

[33] R.K.O. § 41, 4; Stobbe, P.R. § 186 Nr. 9; Förster Eccius § 136, 206; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364.

[34] R.K.O. § 41, 5; Stobbe, P.R. § 155, 33a; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364, 2.

[35] R.K.O. § 41, 6; Förster Eccius § 138, 109.

[36] R.K.O. § 41, 7.

[37] H.G.B. Art. 374. 375; Stobbe, P.R. § 155, 25; Laband in Goldschmidt Z. IX. 425.

[38] H.G.B. Art. 382; Laband in Goldschmid Z. IX. 459.

[39] H.G.B. Art. 409; Laband in Goldschmidt Z. IX. 471.

[40] H.G.B. Art. 624. 629. 630.

[41] H.G.B. Art. 675.

[42] H.G.B. Art. 753.

[43] H.G.B. Art. 757 f.

[44] Eine Ausnahme ist nur begründet bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Frachtfahrers und Verfrachters, welches auch nach Ablieferung erhalten bleibt,

Digitized by Google

3. Durch Mobiliarpfändung im Exekutionsweg wird für den betreibenden Gläubiger ein Pfandrecht mit den Vorzügen eines Faustpfandrechtes begründet[45].

4. Durch Privatpfändung, wo dieselbe zulässig ist[46], wird ein Pfandrecht an den gepfändeten Mobilien begründet.

---

§ 325.

II. Inhalt.

I. Der Gläubiger hat Anspruch auf den Besitz der Sache und es stehen ihm die Besitzklagen zu[1].

Der Gläubiger hat gemeinrechtlich die dingliche Klage gegen jeden, der ihm die Sache vorenthält[2]. Dieß ist in unseren Landesrechten in folgender Weise modificirt:

1. Nach denjenigen Landesrechten, welche die Vindikation freiwillig aus der Hand gelassener Mobilien ausschließen, ist die Pfandklage des Gläubigers in gleicher Weise beschränkt[3]. Der gleiche Grundsatz gilt nach den Rechten von Braunschweig und Anhalt gegenüber der Klage der Gläubiger aus früher begründeten Pfandrechten[4].

---

wenn es eine bestimmte Zeit nach derselben gerichtlich geltend gemacht wird H.G.B. Art. 409. 624.

[45] R.C.P.O. § 708 f.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364a; Mandry, Inhalt § 35; Lang, Sachenrecht § 204.

[46] Vgl. oben § 89; Sachsen B.G.B. 493.

[1] l. 1 § 15, l. 40 pr. D. 41. 2; l. 16 pr. D. 41. 3; Dernburg, Pf.R. II. 50; Bayr. L.R. II. 6. 22 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 117; Hessen Pf.G. Art. 187.

[2] l. 16 § 3, l. 17 D. 20. 1; Windscheid § 235, 1; Bayr. L.R. II. 6. 22 Nr. 2.

[3] Dieß gilt für die Statuten von Hamburg und Lübeck und das französische Recht, nach welchen der Pfandgläubiger die Vindikationsklage nur hat, wenn der Pfandgegenstand gestohlen oder verloren war, vgl. oben § 262, 18—24; ebenso nach denjenigen Rechten, nach welchen in einzelnen Fällen durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erworben wird, oben § 252, 18—25.

[4] Braunschweig Pf.G. § 5 und Anhalt Pf.G. § 6 bestimmen, daß gegen den redlichen Pfandnehmer oder Erwerber einer Sache ein früher begründetes

Digitized by Google

2. Nach den Rechten von Württemberg[5] und Weimar[6] kann die Pfandklage nicht gegen einen gutgläubigen dritten Erwerber gestellt werden.

3. Nach dem Recht des sächsischen B.G.B. hat der Pfandgläubiger die Pfandklage nicht um sich den Besitz des Faustpfandes zu verschaffen, sein Recht ist also nur ein Retentionsrecht[7].

4. Nach Preußischem[8] und Darmstädtischem Recht[9] steht dem Pfandgläubiger die Pfandklage gegen den dritten gutgläubigen Erwerber nur gegen Lösung zu.

II. Das Faustpfand haftet für die Hauptforderung und für alle damit verbundenen Nebenforderungen[10]. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger ein Retentionsrecht nicht nur für die Pfandschuld[11], sondern auch für andere Forderungen, die ihm gegen den Schuldner zustehen[12]. Unsere Landesrechte schließen das Retentionsrecht für

---

Pfandrecht nur geltend gemacht werden kann, wenn die verpfändete Sache verloren oder gestohlen war.

[5] Württemberg Pf.G. Art. 258: „Kommt die Sache ohne sein Zuthun in andere Hände, so kann er gleichwohl jenes Recht gegen denjenigen nicht geltend machen, welcher in der Zwischenzeit in gutem Glauben ein Recht daran erworben hat."

[6] Weimar Pf.G. § 108: „Bei dem Faustpfand findet die Pfandklage wider den Verpfänder und dessen Erben oder andere Nachfolger im Recht an der verpfändeten Sache statt, bei der Hypothek wider jeden Besitzer des Unterpfandes".

[7] Sachsen B.G.B. § 479.

[8] Pr. L.R. I. 20. 119; Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 16.

[9] Darmstadt Pf.G. Art. 187.

[10] l. 8 § 5 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 76; Sachsen B.G.B. § 473; Hannover Pf.G. § 45; Württemberg Pf.G. Art. 255; Hessen Pf.G. Art. 183. 186; Müller, Pf.R. § 112. II; Weimar Pf.G. § 91; Oldenburg Pf.G. Art. 30; Nassau Pf.G. § 46; Braunschweig Pf.G. § 17; C. civ. Art. 2082 Zachariä § 434 Nr. 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 8; Laband in Goldschmidt Z. IX. 255, 7. Die Haftung erstreckt sich namentlich auf Zinsen, Verzugsfolgen, Aufwendungen und Proceßkosten.

[11] Für diese steht ihm nach allen Rechten das Retentionsrecht bis zur völligen Befriedigung zu Sachsen B.G.B. § 474; Hessen Pf.G. Art. 192.

[12] l. un. Cod. 8. 27; Windscheid § 234, 1. Dieß ist anerkannt Bayr. L.R. II. 6. 14 Nr. 2—4 wenn nichts anderes ausgemacht ist, und C. civ. Art. 2082 Zachariä § 434, 4 für früher entstandene aber später fällige Forderungen.

Digitized by Google

andere Forderungen theils ganz aus, theils beschränken sie es auf connexe Forderungen [13].

III. Der Pfandgläubiger hat die Sache ordnungsmäßig zu verwahren und haftet für Mangel an Sorgfalt [14]. Der Pfandgläubiger ist nicht befugt die Sache zu gebrauchen, wenn ihm dieses Recht nicht ausdrücklich eingeräumt ist [15]. Eine Ausnahme ist begründet bei fruchttragenden Sachen, bei welchen dem Gläubiger selbst die Verpflichtung des Gebrauchs obliegt, da er die Nutzungen ziehen muß [16], wobei der Ertrag nach Abzug der Kosten auf die Zinsen und auf das Capital abzurechnen und der Ueberschuß an den Schuldner herauszugeben ist [17]. Der Gläubiger kann sich auch statt der Zinsen den Bezug der Früchte ausbedingen (Antichretischer Vertrag) [18].

---

[13] Ganz ausgeschlossen ist das Retentionsrecht für andere Forderungen in Pr. L.R. I. 20. 171; Sachsen B.G.B. § 1447; Pf.G. Hessen Art. 195; Pf.G. Braunschweig § 17, 2; Oesterreich A.B.G.B. § 471. Auf connexe Forderungen beschränkt es Pf.G. Hannover § 45; Oldenburg Art. 30. Nach H.G.B. Art. 313 haben Kaufleute ein Retentionsrecht wegen fälliger Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften.

[14] l. 31 § 1 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 17. 28; Bayr. L.R. II. 6. 16. Nr. 3; Hessen Pf.G. Art. 186; Oesterreich A.B.G.B. § 459; Pr. L.R. I. 20. 121; Sachsen B.G.B. § 475; C. civ. Art. 2079.

[15] § 6 Inst. 4. 1; Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 123—128; Sachsen B.G.B. § 476; Württemberg Pf.G. Art. 254; Hessen Pf.G. Art. 185; Weimar Pf.G. § 125; Oesterreich A.B.G.B. § 459.

[16] l. 1. 2. 3 Cod. 4. 24; Windscheid § 234, 3; Dernburg, Pf.R. § 88, 8; Kreittmayr, Anm. 1 d zu Bayr. L.R. II. 6. 11; Pr. L.R. I. 20. 139 Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 8; Sachsen B.G.B. § 476.

[17] l. 1 Cod. 8. 28; Dernburg, Pf.R. § 88, 10; Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 4; Pr. L.R. I. 20. 140 Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 11; Sachsen B.G.B. § 477; Hessen Pf.G. Art. 185.

[18] Die Verabredung, daß die Beziehung der Nutzungen dem Gläubiger statt der Zinsen zukommen solle (Antichresis) war gemeinrechtlich zulässig, aber den Bestimmungen über die Zinsverbote unterworfen, insoferne dabei offenbarer Zinswucher vorliegt, l. 17 Cod. 4. 32; Windscheid § 234, 6. Auf dem gleichen Standpunkt steht Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 5 und Sachsen B.G.B. § 478, dann Bayrische Statuten bei Roth, Bayr. C.R. § 197, 63; Oesterreich A.B.G.B. § 1372. Nach Pr. L.R. I. 20. 227 war gerichtliche Abfassung des Vertrags nach vorgängiger gerichtlicher Prüfung vorgeschrieben. Diese Beschränkungen sind mit Aufhebung der Zinsverbote hinweggefallen und durch das Wuchergesetz 24/5 1880 nicht wieder ins Leben getreten Dernburg, Pr. P.R. I. § 339, 10. Vgl. über den antichretischen Vertrag oben § 309, 4 f.

Digitized by Google

IV. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger das Recht der Afterverpfändung [19], was aber in mehreren Landesrechten von der Einwilligung des Eigenthümers abhängig gemacht ist [20].

V. Der Gläubiger hat das Recht zur Befriedigung seiner Forderung das Pfandobjekt in Anspruch zu nehmen. Auch vertragsmäßig kann nicht darauf verzichtet werden. Gemeinrechtlich hat die Vereinbarung, daß das Pfandobjekt nicht solle verkauft werden dürfen, nur die Bedeutung, daß die Anzeige des bevorstehenden Verkaufs dreimal wiederholt werden muß [21]; nach Preußischem Landrecht, daß der Gläubiger die Veräußerung des Pfandes erst beantragen kann, wenn der Schuldner in Concurs geräth [22]. Mehrere Landesrechte sprechen einem solchen Vertrag jede Wirkung ab [23]. Die Befriedigung erfolgt durch Verkauf der Sache. Unzulässig ist die Vereinbarung, daß bei Nichtbefriedigung das Pfandobjekt dem Gläubiger verbleiben solle [24]; ebenso ist die Vereinbarung unzulässig, daß in diesem Fall das Pfandobjekt zu einem im voraus bestimmten Preiß dem Gläubiger verbleiben solle [25].

VI. Voraussetzung der Befriedigung. Die Befriedigung des

---

und im Allgemeinen Stobbe, P.R. § 108 Nr. 8. Das französische Recht läßt das eigenthümliche Institut des Nutzpfandes nur an Immobilien zu C. c. Art. 2072.

[19] Dernburg, Pf.R. § 61, 18; Kreittmayr, Anm. 1a zu Bayr. L.R. II. 6. 12.

[20] Pr. L.R. I. 20. 127; Sachsen B.G.B. § 475; Hessen Pf.G. Art. 174.

[21] l. 4 D. 13, 7; Windscheid § 237, 5. Die gleiche Bestimmung hat Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 8.

[22] Pr. L.R. I. 20. 26. 27. Dieß tritt nur dann ein, wenn nach der Beschaffenheit des Pfandes der Vertrag nicht die Bedeutung haben kann, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus den Früchten des Pfandes zu suchen habe.

[23] Verboten ist er Sachsen B.G.B. § 1442 und Oesterreich A.B.G.B § 1371. Nach französischem Recht Zachariä § 434, 6 wird die Clausel für nicht beigefügt erachtet.

[24] l. 3 Cod. 8. 35; R.P.O. 1577 XX. 5; Windscheid § 238, 3; Bayr. L.R. II. 6. 18; Pr. L.R. I. 20. 33; Sachsen B.G.B. § 383; Nassau Pf.G. § 46; Württemberg Pf.G. Art. 257; Hessen Pf.G. Art. 91; Weimar Pf.G. § 106; Oesterreich A.B.G.B. § 1371; C. civ. Art. 2078. Die Geltung dieser Bestimmungen ist durch die Aufhebung der Zinsbeschränkungen im R.G. 14/11 1867 nicht berührt, vgl. oben § 310, 20. A. M. Lang, Sachenrecht § 199, 16.

[25] Gemeinrechtlich nimmt man an, daß die Vereinbarung der Ueberlassung um einen im voraus bestimmten Preis zuläßig sei Vangerow § 383

Digitized by Google

Gläubigers durch Verkauf des Pfandes setzt Fälligkeit der Forderung und Nichtbefriedigung des Gläubigers voraus[26]. Bestritten ist, ob auch Verzug des Schuldners erforderlich sei[27].

VII. Für den Pfandverkauf bestehen zwei Systeme:

1. Nach der einen Classe ist der Zwangsverkauf im Wege des gerichtlichen Zwangsverfahrens einzuleiten, daher soweit nicht ein vollstreckbarer Titel bereits vorliegt, dieser durch Klagestellung zu erwirken[28].

2. Nach der anderen Classe ist es Sache des Pfandgläubigers den Pfandverkauf zu betreiben. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger dem Schuldner Anzeige zu machen[29] und eine Wartezeit von zwei Jahren einzuhalten, nach deren Verlauf er zum Verkauf schreiten kann[30]. Diese Bestimmungen haben sich unverändert nur vereinzelt erhalten[31]. Sie bilden mit folgenden Modifikationen die Grundlage der Landesrechte:

a. ein Theil der Statuten läßt nach Anzeige und Verlauf

Anm. 2; Dernburg, Pf.R. II. 282; Erk. Dresden 7/3 1849 Sf. III. 12. Nach den Note 24 aufgeführten Landesrechten ist auch eine solche Vereinbarung als ausgeschlossen anzusehen.

[26] l. 4 D. 20. 5; Windscheid § 237, 2. 3; Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 3; Pr. L.R. I. 20. 25; Sachsen B.G.B. § 378; Hannover Pf.G. § 46; Weimar Pf.G. § 100; Braunschweig Pf.G. § 6.

[27] Dieß bejahen: Dernburg, Pf.R. II. 122 und es ist angenommen Bayr. L.R. II. 6. 12 und D. H.G.B. Art. 313. Dagegen wird es verneint von Bangerow § 379 Anm. 3 und Windscheid § 237, 3.

[28] Auf diesem Standpunkt stehen Pr. L.R. I. 20. 197—199 Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 4; Württemberg Pf.G. Art. 254. 255; Exekutionsgesetz Art. 32, 3; Lang, Sachenrecht § 206. B; Nassau Pf.G. § 48; Darmstadt Pf.G. Art. 188; Weimar Pf.G. § 97. 100. 105. 106; Anhalt Pf.G. 13/4 1870 § 25; Oesterreich A.B.G.B. § 461.

[29] l. 3 § 1 Cod. 8. 34. Liegt ein richterliches Urtheil vor, so kann die Anzeige unterbleiben Dernburg, Pf.R. § 100, 4. Ist vertragsmäßig die Pfandveräußerung ausgeschlossen, so ist die Anzeige dreimal zu wiederholen, oben Note 21.

[30] Bestritten ist, ob bei dreimaliger Denunciation die Wartezeit von der ersten oder der letzten Denunciation zu laufen beginne; für ersteres Dernburg, Pf.R. II. § 100, 5 und die dort Angeführten, für letzteres Windscheid § 237, 7.

[31] S. z. B. die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 197, 72 angeführten Bayrischen Statuten.

Digitized by Google

einer gesetzlich bestimmten Wartezeit den Verkauf durch gerichtliche Versteigerung eintreten[32].

b. Nach einem anderen Theil der Statuten wird die gerichtliche Versteigerung ohne Beobachtung einer gesetzlichen Wartezeit vorgenommen[33].

c. Nach französischem Recht kann der Gläubiger bei dem zuständigen Gericht beantragen, daß das Pfand ihm für einen durch Sachverständige zu bestimmenden Preiß überlassen oder daß es öffentlich versteigert werde[34].

Von diesen gesetzlichen Bestimmungen sind folgende Ausnahmen begründet:

1. Nach den Bestimmungen des D. H.G.B. Art. 310. 311. kann bei schriftlicher Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften der Gläubiger sich aus dem Pfand ohne Klage bezahlt machen, wenn der Schuldner im Verzug ist, wobei es nur einer Bewilligung des zuständigen Handelsgerichts bedarf, welche ertheilt wird, wenn ausreichende Bescheinigungsmittel beigebracht sind. Auch kann vertragsmäßig das gerichtliche Verfahren ausgeschlossen werden, in welchem Fall der Gläubiger das Pfand öffentlich verkaufen lassen kann[35].

2. Nach einzelnen Landesrechten sind öffentliche Pfandleihanstalten dahin privilegirt, daß sie verfallene Pfänder ohne gerichtliches Verfahren dem öffentlichen Verkauf unterwerfen dürfen[36].

---

[32] Nach Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 2 beträgt die Wartezeit für Mobilien 14 Tage und bei Abwesenheit des Schuldners drei Monate Roth, Bayr. C.R. (1) § 197, 73. Nach Verlauf der gemeinrechtlichen Wartefrist lassen die bei Roth, Bayr. C.R. (1) § 197, 78 angeführten Bayrischen Statuten gerichtliche Versteigerung eintreten.

[33] Hiernach ist zwar der Schuldner, wenn er im Inland anwesend ist, von dem bevorstehenden Verkauf eine bestimmte Zeit vorher zu verständigen, die Unterlassung der Verständigung macht jedoch den Verkauf nicht nichtig, sondern verpflichtet den Pfandgläubiger nur zum Schadensersatz. Auf diesem Standpunkt stehen Sachsen B.G.B. § 480. 481; Hannover Pf.G. § 47; Oldenburg Pf.G. Art. 20; Braunschweig Pf.G. § 6; Koburg Pf.G. Art. 4.

[34] C. civ. Art. 2078; Zachariä § 434, 6. 9.

[35] Goldschmidt, H.R. § 90.

[36] Stobbe, P.R. § 155, 52; Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 7—9; Preußen Pfandleihgef. 17/3 1881 § 12; Baden Ges. 3/4 1872 § 2; Hamburg Ges.

Digitized by Google

3. Einzelne Landesrechte gestatten Ausschließung des gerichtlichen Verkaufs durch Uebereinkunft der Interessenten[37].

---

§ 326.

III. Beendigung.

Das Pfandrecht erlischt:

1. durch völligen Untergang des Pfandgegenstandes, welchem völlige Umgestaltung gleichsteht[1];

2. durch Verzicht von Seite des Gläubigers. Dieser kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Als stillschweigender Verzicht ist die Rückgabe des Pfandes ohne Vorbehalt des Pfandrechts anzusehen[2]. Noch weiter gehend bestimmen aber mehrere Landesrechte, daß das Pfandrecht ohne Rücksicht auf einen etwaigen Verzicht durch Rückgabe der Pfandsache erlischt[3];

3. mit völliger Tilgung der Forderung, für die es bestellt ist[4];

4. mit dem Verkauf der Pfandsache zur Befriedigung der Forderung[5];

28/6 1871 § 10—12; Sachsen Ges. 21/4 1882 § 7; Reichsbankgesetz 14/3 1875 § 20; Braunschweig Pf.G. § 9.

[37] Pr. L.R. I. 20. 29. 32; Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 10; Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 3; Roth, Bayr. C.R. (1) § 197, 71; Württemberg Lang, Sachenrecht § 109, 16. In mehreren Landesrechten ist eine derartige Vereinbarung nicht zugelassen, so Sachsen B.G.B. § 383; Weimar Pf.G. § 105; Hessen Pf.G. Art. 91. 2; Hannover, Pf.G. § 48; C. civ. Art. 2078.

[1] l. 8 pr. D. 20. 6; Windscheid § 248, 7; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 5; Pr. L.R. I. 20. 259. 261; Sachsen B.G.B. § 485; Hessen Pf.G. Art. 202.

[2] l. 7. 9. Cod. 8. 26; l. 3 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 169 Nr. 1; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 2; Hessen Pf.G. Art. 204; Nassau Pf.G. § 49 Bertram, P.R. § 381; Oesterreich A.B.G.B. § 467.

[3] Pr. L.R. I. 20. 253. 254 Dernburg, Pr. P.R. I. § 359 Nr. 3; Sachsen B.G.B. § 486; Württemberg Pf.G. § 258; Koburg Pf.G. Art. 2; Oldenburg Pf.G. Art. 19; Braunschweig Pf.G. § 4; Hannover, Pf.G. § 44; C. civ. Art. 2076. Dieß gilt namentlich auch für das gesetzliche Pfandrecht.

[4] l. 48 D. 46. 3; Windscheid § 249 Nr. 1; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 55; Sachsen B.G.B. § 484; Hessen Pf.G. Art. 202; Weimar Pf.G. § 158; Oesterreich A.B.G.B. § 469.

[5] l. 15 Cod. 8. 28; Windscheid § 249 Nr. 2; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 6;

Digitized by Google

5. mit Confusion, wenn sich Eigenthum und Pfandrecht in einer Person verbindet, soweit nicht ein Fall der hypothekarischen Succession vorliegt [6].

6. Gemeinrechtlich bewirkt der Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins das Erlöschen des Pfandrechts [7]. Abweichend davon bestimmt das Preußische Landrecht, daß die Beisetzung eines Endtermins durch den Schuldner bei Verpfändung seiner eigenen Sache nur die Bedeutung der Bestimmung eines Zahlungstermins hat [8], während Beisetznng eines Endtermins durch den Eigenthümer, der ein Pfandrecht für eine fremde Schuld bestellt hat, zur Erlöschung des Pfandrechts mit Eintritt des Endtermins führt, wenn der Gläubiger nicht spätestens am dritten Tag nach Ablauf der Zeit aus dem Pfandrecht geklagt und das Verfahren ununterbrochen fortgesetzt hat [9].

7. Das Pfandrecht geht durch Ersitzung der Pfandfreiheit unter, wenn ein Dritter das aus dem Besitz des Pfandgläubigers gekommene Objekt durch ordentliche oder außerordentliche Verjährung als pfandfrei ersessen hat [10].

8. Nach Preußischem Landrecht geht das Pfandrecht durch dolose Abläugnung des Pfandbesitzes durch den Pfandgläubiger gegenüber der Klage des Pfandschuldners oder des vindicirenden Gläubigers unter [11].

Sachsen B.G.B. § 452 und 484; Weimar Pf.G. § 164; Württemberg Pf.G. Art. 129. 130. Dieß gilt auch nach Preußischem Landrecht Dernburg, Pr. P.R. I. § 359, 10.

[6] Windscheid § 248 Nr. 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 359, 6; vgl. oben § 316.

[7] l. 6 pr. D. 20. 6; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 3; Darmstadt Pf.G. Art. 202; Sachsen B.G.B. § 451; Oesterreich A.B.G.B. § 468.

[8] Pr. L.R. I. 20. 57.

[9] Pr. L.R. I. 20. 56 und I. 14. 320.

[10] l. 8 pr. Cod. 7. 39; Windscheid § 248 Nr. 3; Müller, Pf.R. § 128; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 8; Pr. L.R. I. 20. 243—247; Förster Eccius § 195, 16; Hessen Pf.G. Art. 202.

[11] Pr. L.R. I. 20. 256.

Digitized by Google

Titel III.

Pfandrecht an Vermögensrechten.

§ 327.

Gemeinrechtlich können alle Vermögensrechte, welche veräußerlich sind auch verpfändet werden[1]. Dieser Grundsatz ist auch in unseren Landesrechten angenommen, und es können sonach sowohl dingliche als persönliche Rechte, bei welchen die erwähnte Voraussetzung zutrifft, verpfändet werden[2].

I. Dingliche Rechte. Abgesehen von den dinglichen Berechtigungen, welche den Immobilien gleichgeachtet werden und Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung sein können[3], kommen als Gegenstand der Pfandbestellung in Betracht:

1. Der Nießbrauch. Gemeinrechtlich kann der Nießbrauch verpfändet werden, wodurch der Pfandgläubiger die Befugniß erhält, denselben an der Stelle des Berechtigten auszuüben[4]. Dieß ist auch nach unseren Landesrechten anzunehmen[5].

2. Das Pfandrecht[6]. Das Pfandrecht kann in der Art verpfändet werden, daß der Pfandgläubiger die Befugniß erhält, das verpfändete Pfandrecht statt des ursprünglichen Pfandgläubigers auszuüben[7]. Gegenstand der Verpfändung ist gemeinrechtlich nicht die verpfändete Sache, sondern das auf ihr haftende Pfandrecht[8]. Der Pfandgläubiger erhält dadurch das Recht, die Forderung durch Verkauf des Pfandes zu realisiren und Zahlungsleistung durch

---

[1] l. 9 § 1 D. 20. 1; vgl. über die Veräußerungsverbote hinsichtlich einzelner Forderungsrechte Mandry, Inhalt § 21. A.

[2] Zu diesen gehören auch die sog. absoluten Rechte wie das Autorrecht und das Patentrecht Dernburg, Pf.R. § 64.

[3] Vgl. oben § 298; Sachsen B.G.B. § 495.

[4] l. 11 § 2 D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. § 62; Windscheid § 205, 4; vgl. oben § 274, 51.

[5] Förster Eccius § 192, 70; Sachsen B.G.B. § 496; C. c. Art. 2118.

[6] Vgl. Windscheid § 239, 13 und die dort angeführte Literatur.

[7] l. 13 § 2 D. 20. 1; l. 2 Cod. 8. 24.

[8] Gegen die früher herrschende Meinung, daß bei der Afterverpfändung die verpfändete Sache Gegenstand der Verpfändung sei, s. Sohm subpignus 62 f.; Windscheid § 239, 14.

Digitized by Google

den Pfandschuldner anzunehmen[9]. Das Preußische Recht unterscheidet die Afterverpfändung mit Genehmigung des ersten Verpfänders, welche ein Pfandrecht an der Sache begründet[10], und die ohne solche Genehmigung, durch welche ein Pfandrecht an dem Pfandrecht bestellt wird[11]. Nach Sächsischem Recht[12] und Darmstädtischem Recht[13] ist die Afterverpfändung nur mit Einwilligung des ursprünglichen Pfandschuldners gestattet, hat also die Bedeutung der Sachverpfändung. Nach Oesterreichischem Recht kann der Gläubiger ein Afterpfandrecht bestellen, ohne der Zustimmung des Schuldners zu bedürfen[14]. In der Afterverpfändung liegt nach Oesterreichischem Recht eine Verpfändung zugleich des Pfandrechts und der Forderung[15]. Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfändung benachrichtigt, so kann er seine Schuld an den Gläubiger nur mit Willen des Afterpfandgläubigers abführen[16]. Dabei kann der Afterpfandgläubiger nicht wie nach gemeinem Recht seinen Anspruch gegen den Schuldner unmittelbar geltend machen, sondern er kann nur exekutive Feilbietung der Forderung und Befriedigung aus dem Erlös oder gerichtliche Ueberweisung der verpfändeten Forderung beantragen[17].

II. Forderungsrechte. Die Regel bildet, daß alle Forderungsrechte, welche veräußerlich sind, auch verpfändet werden können[18]. Nur das Recht des Sächsischen B.G.B. beschränkt die Verpfändbarkeit auf Forderungen auf eine Geldleistung[19]. Mehrere Landesrechte gestatten die Verpfändung von Forderungsrechten nur, wenn eine Urkunde darüber ausgestellt ist[20]. Gemeinrechtlich ist

---

[9] Windscheid § 239, 16.

[10] Pr. L.R. I. 20. 128—130; Förster Eccius § 192, 61.

[11] Pr. L.R. I. 20. 131–135; Förster Eccius § 192, 62.

[12] Sachsen B.G.B. § 475.

[13] Darmstadt Pf.G. Art. 174; Müller, Pf.R. § 23, 5; § 69, 2.

[14] Oesterreich A.B.G.B. § 454.

[15] Winiwarter, bürg. Recht II. 252; Schuster, Commentar I. 577, 2; Exner, H.R. § 57, 4.

[16] A.B.G.B. § 455.

[17] Schuster, Commentar I. 579; Exner, H.R. § 58, 17. 21.

[18] Vgl. oben Note 1; Lang, Sachenrecht § 197, 6.

[19] Sachsen B.G.B. § 502.

[20] Sachsen B.G.B. 502; Hannover Pf.G. § 50; Oldenburg Pf.G. Art. 26; Hessen Pf.G. Art. 171; Nassau, Pf.G. § 41; C. civ. Art. 2075. 2076.

Digitized by Google

dieſe Beſchränkung nicht begründet, und ſie iſt auch in den anderen Landesrechten nicht anerkannt[21]. Hinſichtlich der Form der Verpfändung iſt in dem E.G. zu D. K.O. § 15 vorgeſchrieben, daß Fauſtpfandrechte an Forderungen und anderen Vermögensrechten, welchen nach K.O. § 40 das Recht der abgeſonderten Befriedigung zukommen ſoll, nur dann anzunehmen ſind, wenn der Drittſchuldner von der Verpfändung benachrichtigt iſt, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrſam der körperlichen Sache, welche den Gegenſtand des Rechtes bildet oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgeſtellten Urkunde erlangt und behalten hat, oder wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen iſt. Dabei bleiben die Vorſchriften der Landesgeſetze, welche mehrere der bezeichneten Erforderniſſe oder andere Erforderniſſe feſtſetzen, erhalten. Dieſe ſind aber folgende:

1. bei nicht verbrieften Forderungen iſt in mehreren Landesrechten ſchriftliche Verpfändung und Bekanntmachung an den Schuldner vorgeſchrieben[22];

2. bei verbrieften Forderungen iſt

a. nach einem Theil der Rechte Uebergabe der Schuldurkunde an den Gläubiger genügend[23];

b. nach einer andern Claſſe iſt Uebergabe der Schuldurkunde und ſchriftliche Verpfändung erforderlich[24];

c. eine dritte Claſſe ſchreibt Uebergabe der Schuldurkunde ſchriftliche Verpfändung und Bekanntmachung an den Drittſchuldner vor[25].

Soweit derartige Vorſchriften nicht vorliegen, kann die Ver-

---

[21] Vgl. Pr. L.R. I. 20. 288; Braunſchweig Pf.G. § 13; Rudolſtadt Pf.G. § 1.

[22] Braunſchweig PfG. § 13; Rudolſtadt Pf.G. § 1. Pr. L.R. I. 20. 288 ſchreibt nur Bekanntmachung an den Schuldner vor. Es iſt beſtritten, ob auch ſchriftliche Errichtung erforderlich ſei, ſoweit die Forderung 50 Thaler überſteigt. Dafür Marcus, Verpfändung von Forderungen 23, Dernburg, Pr. P.R. I. § 361, 4; dagegen Koch, Anm. 22 zu L.R. I. 20. 288.

[23] Sachſen B.G.B. § 50; Heſſen Pf.G. § 171; Bremen H.F.O. § 123d.

[24] Pr. L.R. I. 20. 281 und V. 9/12 1809 § 1; Hannover Pf.G. § 43. 50; Oldenburg Pf.G. Art. 26.

[25] C. c. Art. 2075. 2076; Rudolſtadt Pf.G. § 1; Naſſau Pf.G. § 43; Württemberg Pf.G. § 246. 248; Braunſchweig Pf.G. Art. 11.

Digitized by Google

pfändung in einer der in dem E.G. zur R.K.O. bestimmten Formen vollzogen werden. Ein Pfandrecht an Forderungen kann ferner durch Zwangsvollstreckung in denselben entstehen[26]. Vereinzelt finden sich auch gesetzliche Pfandrechte an Forderungen[27]. Ueber die rechtliche Bedeutung der Forderungsverpfändung herrscht Meinungsverschiedenheit. Die eine Classe legt ihr die Eigenschaft der Cession bei, und zwar entweder einer bedingten Cession[28], oder einer beschränkten Cession[29], oder einer cooptirenden Cession[30]. Die andere Classe sieht in der Verpfändung die Entstehung eines Rechts am Forderungsrecht[31]. Unsere Landesrechte, soweit sie eine positive Stellung einnehmen, schließen sich der Construktion als eventuelle Cession an[32]. Die Wirkung der Verpfändung ist gemeinrechtlich, daß der Pfandgläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, die verpfändete Forderung beitreiben darf[33]. Diesen Standpunkt haben mehrere Landesrechte ausdrücklich an-

---

[26] D. C.Pr.O. § 729—754.

[27] Sie beziehen sich alle auf seerechtliche Forderungen Stobbe, P.R. § 155, 33.

[28] Dieß ist die Ansicht von Mühlenbruch, Cession 522 f., welche von Puchta, Seuffert, Bangerow u. a. getheilt wird, s. darüber Hellwig, Verpfändung von Forderungen § 2. Hiernach soll in der Verpfändung der Forderung eine Cession derselben für den Fall liegen, daß der Pfandgläubiger nicht befriedigt wird.

[29] Dieß ist die Ansicht von Dernburg, Pf.R. I. 462, dem sich Exner u.-a. anschließen; hiernach ist die Verpfändung der Forderung eine besondere Art der Cession, bei welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken des Pfandrechts gemäß beschränkt sind, vgl. Hellwig, Verpfändung von Forderungen § 3.

[30] Diese zuerst von Hellwig, Verpfändung § 7 aufgestellte Definition sieht in der Verpfändung einer Forderung die Einräumung der Rechte eines Mitgläubigers durch den Verpfänder an den neuen Pfandgläubiger, so daß die Rechte beider concurrirend neben einander stehen.

[31] Dieß ist die Ansicht von Sohm, subpignus 42 f. und Bremer, Pf.R. 38, 207, der sich Windscheid § 239 Nr. 2 und Förster Eccius § 192, 45 anschließen. Vgl. darüber Hellwig, Verpfändung § 4.

[32] Sachsen B.G.B. § 503; Weimar Pf.G. 34; Hessen Pf.G. Art. 171; Hannover Pf.G. § 50; Oldenburg Pf.G. Art. 27; Rudolstadt Pf.G. § 1.

[33] l. 18 pr. D. 13. 7; l. 20 D. 20. 1; Windscheid § 239, 10. Bestritten ist, ob der Gläubiger die Forderung statt sie beizutreiben verkaufen dürfe. Dieß bejahen Dernburg, Pf.R. I. 469 und Windscheid § 239, 9, während andere dieß verneinen, namentlich Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs 164.

Digitized by Google

genommen[34], und er ist als maßgebend anzusehen, wo nicht das Gegentheil bestimmt ist. Eine andere Classe von Rechten dagegen verweist den Gläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung[35].

Caput 2.

Das dingliche Vorkaufsrecht[1].

§ 328.

Während nach römischem Recht das Vorkaufsrecht (jus protimiseos), sowohl wenn es gesetzlich als wenn es vertragsmäßig begründet ist, nur obligatorisch gegen den Verkäufer wirkt[2], hat das Deutsche Recht ein dingliches Vorkaufsrecht (jus retractus, Näherrecht) ausgebildet, welches gegen den Erwerber geltend gemacht werden kann, und das in unseren Landesrechten Anerkennung gefunden hat. Es gelten für dasselbe folgende Grundsätze:

I. Begründung. Das dingliche Vorkaufsrecht beruht auf Gesetz oder Vertrag.

[34] Sachsen B.G.B. § 503; Hannover Pf.G. § 50; Weimar Pf.G. § 4; Rudolstadt Pf.G. § 1; Hessen Pf.G. 171; Oldenburg Pf.G. Art. 27; Braunschweig Pf.G. § 15; Anhalt Pf.G. § 31.

[35] Württemberg Pf.G. § 254. 256; Oesterreich A.B.G.B. § 461; C. c. Art. 2078. Nach Pr. L.R. I. 20. 289 darf der Pfandgläubiger auf Einziehung der verpfändeten Forderung nur unter denselben Umständen antragen, unter welchen er die Veräußerung des Pfandes zu suchen berechtigt ist. Dieß wird von der Praxis mit Recht dahin ausgelegt, daß Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger gerichtliche Ueberweisung derselben im Weg der Zwangsvollstreckung voraussetze, s. Dernburg, Pr. P.R. I. § 361, 11; Förster Eccius § 192, 46. Die entgegengesetzte Meinung, welche die gemeinrechtlichen Vorschriften auch für das Preußische Recht gelten lassen will, wird vertreten von Markus, Verpfändung 40 f.; Förster, Pr. P.R. § 192, 44.

[1] S. die Literatur bei Stobbe, P.R. § 89, 1. Vgl. Stobbe, P.R. § 87—90; Beseler, P.R. (4) § 93. 94; Förster Eccius § 189; Dernburg, Pr. P.R. I. § 380. 381; Roth, Bayr. C.R. (1) § 142; Randa, Eigenthumsrecht § 8; Neubauer, Zusammenstellung 1880 133—144.

[2] Windscheid § 388, 10. Der Berechtigte hat Anspruch darauf, daß der Verkäufer ihm das Objekt zum Vorkauf anbiete, und bei Unterlassung dieser Verpflichtung Anspruch auf Schadensersatz. Das römischrechtliche Vorkaufsrecht, das auch in unseren neueren Landesrechten Anerkennung gefunden hat, ist im Obligationenrecht darzustellen.

Digitized by Google

1. Das gesetzliche Vorkaufsrecht. Nach älterem Deutschem Recht war der Eigenthümer in der Veräußerung von Immobilien vielfach beschränkt. Zunächst trat dieß in dem Verhältniß des nächsten Erben zu dem Eigenthümer hervor, indem dieser die ohne seine Einwilligung vollzogene Veräußerung von Immobilien bei Eintritt des Beerbungsfalls anfechten konnte (Beispruchsrecht)[3]. Diese Beschränkung war ursprünglich weder allgemein für alle Stammesrechte begründet[4], noch erstreckte sie sich auf alle Immobilien[5]. Nach der Zeit der Rechtsbücher schwächte sich das Beispruchsrecht zum Retrakt (Erbloſung) ab, indem der nächste Erbe bei Ausübung desselben das ohne seine Einwilligung veräußerte Objekt von dem Erwerber einzulösen hatte, und hat sich als solches bis in die neuere Zeit erhalten. Analog bildete sich der Retrakt auch für andere Verhältnisse aus, namentlich für lehenrechtliche[6] und gutsherrliche Verhältnisse[7], für die Beziehungen der in einer Feldmark angesessenen Grundbesitzer unter sich (Markloſung, Bürgerretrakt)[8], für das Eigenthum benachbarter Grundstücke (Nachbarloſung)[9], für die Bestandtheile eines getheilten früher vereinigten Grundstücks (Theilloſung, Gespilderecht)[10], für das Miteigenthum[11]. Diese Arten des gesetzlichen Retrakts waren die

---

[3] Stobbe, P.R. § 87, und § 90. I; Beseler, P.R. (4) § 93a. Eine besondere Abhandlung ist Dahlmann de retractu legali speciatim gentilitio. Berlin 1869.

[4] Schröder, zur Geschichte des Warterechts_Z. f. R.G. IX. 410—421 weist nach, daß das Beispruchsrecht der nächsten Erben bis zum 15. Jahrhundert dem ripuarisch-fränkischen Recht fremd war. Zunächst war es im altsächsischen Recht ausgebildet, vgl. Stobbe, P.R. § 87, 7.

[5] Eine Beschränkung auf Erbgüter im Gegensatz zu wohlgewonnenen Gütern bildete sich namentlich in den Stadtrechten aus Stobbe, P.R. § 87, 38; Beseler, P.R. (4) § 93, 6.

[6] Stobbe, P.R. § 124. VI. Das Retraktrecht stand nicht nur den Agnaten sondern auch dem Lehensherrn zu, und wurde durch die Bewilligung der Veräußerung nicht ausgeschlossen.

[7] Der Retrakt des Gutsherrn war durchgängig mit dem Obereigenthum verbunden Beseler, P.R. (4) § 93, 20; Stobbe, P.R. § 90. VI.

[8] Beseler, P.R. (4) § 93, 12; Stobbe, P.R. § 90. II. In den Städten wurde dieß Bürgerretrakt genannt.

[9] Stobbe, P.R. § 90. III; Beseler, P.R. (4) § 93, 14.

[10] Stobbe, P.R. § 90. IV; Beseler, P.R. (4) § 93, 15.

[11] Stobbe, P.R. § 90. V; Beseler, P.R. (4) § 93, 16.

Digitized by Google

verbreitetsten, obwohl ihr Bestand nur da angenommen werden konnte, wo er durch Gesetz oder Gewohnheit anerkannt war [12]. Neuerdings ist das gesetzliche Näherrecht in den meisten Rechtsgebieten ganz beseitigt oder auf wenige Arten reducirt, und zwar in folgender Weise:

a. In einem Theil der Rechtsgebiete sind sämmtliche gesetzliche Näherrechte aufgehoben, so daß in diesen solche nicht mehr bestehen. Es gehören dahin Hessen-Darmstadt [13], Sachsen-Weimar [14], Oldenburg [15], Meiningen [16], Altenburg [17], Gotha [18], Sondershausen [19], Schaumburg [20], Lübeck [21], Bremen [22], Hamburg [23], Baden [24], Oesterreich [25];

---

[12] Der Retrakt hat sich nur partikularrechtlich ausgebildet, selbst die Erblosung ist nicht als ein allgemein geltendes Institut anzusehen Beseler, P.R. (4) § 94, 29. Die Entstehung erfolgte selbstständig für die einzelnen Arten; die von Renaud, Z. f. D. R. VIII. 243 aufgestellte und früher auch von mir getheilte Ansicht, daß die übrigen Arten des Retrakts aus der Erblosung abgeleitet seien, scheint sich nicht zu bestätigen s. Stobbe, P.R. § 88, 1.

[13] Durch Ges. 15/5 1812 sind alle Arten von gesetzlichen Näherrechten aufgehoben.

[14] Durch Ges. 9/12 1865 sind alle gesetzlichen Vorkaufs- und Retraktrechte aufgehoben.

[15] Durch V. 25/7 1814 § 13 wurde die Aufhebung des Näherrechts durch die französische Gesetzgebung sanktionirt, und nur für Erb- und Stammgüter wieder hergestellt, aber auch für diese durch Ges. 28/3 1852 beseitigt Neubauer, Zusammenstellung 138.

[16] Durch Ges. 15/4 1865 sind alle Arten des auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Näherrechts aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 139.

[17] Durch Mandat 24/9 1819 mit Erläuterungsreskript 11/5 1825 sind alle Arten des gesetzlichen Näherrechts mit Ausnahme des Lehensretrakts aufgehoben. Der letztere ist durch Aufhebung des Lehensverbandes durch Ges. 1/4 1851 gegenstandslos geworden.

[18] Durch Ges. 28/3 1870 wurden alle noch bestehenden gesetzlichen Näherrechte aufgehoben.

[19] Durch die Gesetze 17/9 1840 § 23, 28/7 1849 und 16/7 1857 § 17 sind die gesetzlichen Näherrechte aufgehoben. Der durch Ges. 21/4 1844 für den Amtsgerichtsbezirk Gehren wiederhergestellte Territorialretrakt wird von den Gerichten für nicht mehr anwendbar erachtet Laband, Staatsrecht § 19, 2.

[20] Durch V. 4/6 1810 wurden die gesetzlichen Retraktrechte mit Ausnahme des Bürgerretrakts aufgehoben, der letztere aber ist als durch das Freizügigkeitsgesetz 1/11 1867 § 1 Nr. 2 erloschen zu erachten Neubauer, Zusammenstellung 142.

[21] In Lübeck werden die dort bestehenden gesetzlichen Näherrechte des

Digitized by Google

b. in einem andern Theil der Rechtsgebiete sind mit Aufhebung aller übrigen gesetzlichen Näherrechte bestimmte einzelne erhalten, nämlich in Preußen in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts der Retrakt des Miteigenthümers[26] und des Expropriirten[27], in Schleswigholstein[28], Kurhessen[29], Nassau[30] und Frankfurt[31] der Retrakt des Expropriirten, in Hannover der Retrakt des Expropriirten und das auf den statutarischen Bestim-

---

nächsten Erben durch Ges. 10/2 1862 Art. 28 und die des Rentengläubigers durch Ges. 25/3 1848 § 11 aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 143.

[22] Durch Erb- und Handfesteordnung 1833 § 12 sind die gesetzlichen Näherrechte aufgehoben.

[23] Durch Ges. 12/4 1871 sind sämmtliche Vorkaufs- Näher- und Retraktrechte aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 144.

[24] Durch Ges. 21/7 1839 sind die in L.R. Art. 1701. a. a.—1701. b. c. bestimmten Losungs- und Einstandsrechte aufgehoben.

[25] In Oesterreich wurden durch Hofdekret 27/4 1787 die gesetzlichen Vorkaufsrechte mit Ausnahme des Lehenretrakts aufgehoben, und auch der letztere ist nun hinweggefallen Stobbe, P.R. § 88, 31; Randa, E. § 8, 59 f.

[26] In Preußen wurden, nachdem schon vorher durch das Edikt 9/10 1807 der größere Theil der gesetzlichen Retraktrechte aufgehoben worden war, durch das Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 2 und 6 alle gesetzlichen Retraktrechte mit Ausnahme derjenigen des Miteigenthümers und des Expropriirten beseitigt Dernburg, Pr. P.R. I. § 380, 5.

[27] Durch Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 4 und Grundenteignungsgesetz 11/6 1874 § 57, 2. 3 ist das Vorkaufsrecht des Expropriirten auf diejenigen Theile der expropriirten Immobilien, welche von dem Exproprianten veräußert werden sollen, anerkannt, vgl. oben § 246, 83. Das Gleiche bestimmt Berggesetz 24/6 1865 § 141 für die zu den Zwecken des Bergbaus expropriirten Grundstücke.

[28] Durch V. für Schleswig 16/11 1798 und für Holstein 8/2 1799 sind alle gesetzlichen Näherrechte aufgehoben Esmarch, P.R. § 54; Paulsen, P.R. § 89. Das Retraktrecht auf Grund des Preußischen Expropriationsgesetzes und Berggesetzes oben Note 27 gilt auch hier.

[29] Durch Kurhessische V. 3/8 1822 sind alle auf Gesetz oder Gewohnheit begründeten Retraktrechte aufgehoben. Das Retraktrecht auf Grund des Preussischen Expropriationsgesetzes und Berggesetzes gilt auch hier Platner, Sachenrecht § 32, 5 folg.

[30] In dem Herzogthum Nassau wurden die gesetzlichen Retraktrechte durch Edikt 25/3 1808 abgeschafft. Das Retraktrecht auf Grund des Preußischen Expropriationsgesetzes und Berggesetzes gilt auch hier Bertram, P.R. § 966.

[31] Die hier geltenden gesetzlichen Retraktrechte sind durch Gesetz 5/4 1869 § 4 aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 134. Das Retraktrecht auf Grund des Preußischen Expropriationsgesetzes und Berggesetzes gilt auch hier.

Digitized by Google

mungen des Bremischen Ritterrechts beruhende Vorkaufs- und Retraktrecht der Agnaten an den ritterschaftlichen Erbstammgütern[32], in Bayern[33], Coburg[34] und dem Rechtsgebiet des Code civil[35] der Retrakt aus dem Miteigenthum, in Württemberg der Lehensretrakt[36], in Königreich Sachsen[37] und Rudolstadt[38] der Lehensretrakt und der Retrakt des Erbzinsherrn, in Mecklenburg[39] der Lehensretrakt und die Markloſung, in Anhalt[40] der Lehensretrakt und der Retrakt des Expropriirten.

c. Keine gesetzliche Aufhebung ist für das gesetzliche Retraktrecht erfolgt in Braunschweig[41], Reuß ä. L.[42], Reuß j. L.[43],

---

[32] Gesetz 24/12 1872.

[33] S. 7. Abschied 10/11 1861 III. § 28, 2; Roth, Bayr. C.R. (1) § 142, 10.

[34] Ges. 19/9 1812; Neubauer, Zusammenstellung 139.

[35] Die früher in dem Rechtsgebiet des französischen Rechts in Geltung befindlichen gesetzlichen Retraktrechte sind durch die Gesetze 15/3 13/6 und 19/7 1790 aufgehoben. Durch C. c. Art. 841 ist den Miterben ein Retraktrecht bezüglich aller an Fremde veräußerten Erbschaftsgegenstände eingeräumt Zachariä § 359, 39 folg.

[36] Durch Gesetz 2/3 1815 wurden alle gesetzlichen Retraktrechte mit Ausnahme der an lehenbaren Stammgütern aufgehoben Reyscher, W. P.R. § 427, 13 und § 429.

[37] Das B.G.B. hat in dem Bereich seiner Bestimmungen gesetzliche Retraktrechte nicht anerkannt. Indessen ist das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn an dem Erbzinsgut und der Lehensretrakt erhalten Schmidt, Vorlesungen § 117.

[38] Die anderen gesetzlichen Retraktrechte sind durch V. 9/12 1811 und 23/9 1816 Pr.O. Anh. 95 und 105 aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 139. Es gehörten dahin das Freundschaftsnäherrecht, das Gespilderecht, das Erstgebotsrecht bei öffentlichen Verkäufen, das Incolatrecht der Einheimischen und das Näherrecht der Miteigenthümer. Der nicht aufgehobene Territorialretrakt gegen Auswärtige findet keine Anwendung mehr, vgl. oben Note 19.

[39] Aufgehoben wurden durch Patentverordnung 17/12 1832 die Retraktrechte in den Städten. Die Markloſung, die auf P.O. 1527 und 1572 beruht, hat sich bis in die neuere Zeit erhalten Neubauer, Zusammenstellung 138. Ueber den Lehensretrakt vgl. Roth, Mecklenburgisches Lehenrecht § 65.

[40] Neubauer, Zusammenstellung 139. Die übrigen Arten sind theils aufgehoben, theils außer Uebung gekommen.

[41] Als hier in Uebung befindlich wird namentlich die Erbloſung angeführt Steinacker, P.R. § 117 Nr. 6; außerdem das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn und der bergrechtliche Retrakt Mansfeld, Gr.B.G. 45.

[42] Als in Uebung befindlich werden angeführt die Erbloſung und Markloſung Neubauer, Zusammenstellung 140.

[43] Neubauer, Zusammenstellung 140.

Digitized by Google

Lippe-Detmold[44] und Waldeck[45]. Hier bestehen die gesetzlichen Retraktrechte, soweit sie hergebracht sind, fort.

2 Das auf Disposition beruhende Vorkaufsrecht hat zunächst nur obligatorische Wirkung[46]. Indessen ist in einzelnen Landesrechten die Bestellung eines vertragsmäßigen Retraktrechts mit dinglicher Wirkung für zulässig erklärt[47], oder der Eintragung des Vorkaufsrechts in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit beigelegt[48], in welchem Fall das vertragsmäßige Vorkaufsrecht die gleiche Wirksamkeit hat wie das gesetzliche. Dieses kommt, da das gesetzliche Vorkaufsrecht wie oben gezeigt bis auf wenige Reste beseitigt ist, für das Rechtsleben jetzt hauptsächlich in Betracht.

II. Das dingliche Vorkaufsrecht kann nur bei Verkauf und solchen onerösen Veräußerungen geltend gemacht werden, bei welchen sämmtliche Verpflichtungen des Erwerbers von dem Retrahenten übernommen werden können, da dieß die Voraussetzung der Ausübung ist[49]. Damit stimmen auch die neueren Landesrechte

---

[44] Als in Uebung bestehend werden angeführt die Erblosung und Marklosung Neubauer, Zusammenstellung 143.

[45] Angeführt werden die Erblosung, die Nachbarlosung und die Dachlosung. Nach Neubauer, Zusammenstellung 140 kommen Anwendungsfälle nicht mehr vor.

[46] Daß nach älterem Deutschem Recht der Retrakt mit dinglicher Wirkung vertragsmäßig bestellt werden konnte ist zweifellos s. Stobbe P.R. § 88, 5. Nach Reception des römischen Rechts wurde indessen gemeinrechtlich das vertragsmäßige Vorkaufsrecht zu einem bloß obligatorischen, und es wurde nur in einzelnen Partikularrechten der ältere Grundsatz erhalten vgl. Note 47.

[47] So legt Bayr. L.R. IV. 5. 17 Nr. 4 dem vertragsmäßigen Retrakt dingliche Wirksamkeit bei, ohne daß wie Kreittmayr, Anm. 3d hervorhebt, Hypothekbestellung dazu erforderlich ist Erk. München 22/3 1876 Sf. XXXII. 43. Die gleiche Stellung nahm das Württembergische L.R. II. 16 ein Beseler, P.R. (4) § 94, 18.

[48] Dieß wurde zuerst in Const. Sax. II. 32 ausgesprochen, wonach das vertragsmäßige Vorkaufsrecht nur durch Hypothecirung dingliche Wirksamkeit erhalten sollte. Diesen Standpunkt nehmen jetzt ein Pr. L.R. I. 20. 570. 571; Sachsen B.G.B. § 1124; Altenburg H.O. § 13 und 225; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 222; Anhalt Gr.B.G. § 3; Mecklenburg R.R.H.O. § 4; R.St.B.O. § 2 Nr. II. 1; Hamburg H.O. § 22; Lübeck H.O. § 49; Oesterreich A.B.G.B. § 1073. Der gleiche Grundsatz gilt nach Württemberg Pf.G. Art. 74 und ist für das Bayrische Hypothekenrecht anerkannt in Pl.B. München 22/3 1876 Sammlg. V. 313.

[49] Stobbe, P.R. § 89, 13.

Digitized by Google

überein[50]. Dieser Grundsatz gilt, wenn nichts anderes bestimmt ist, auch für das auf Disposition beruhende dingliche Vorkaufsrecht. Regelmäßig war nach früherem Recht der Retrakt bei Zwangsversteigerung ausgeschlossen[51], in neueren Gesetzen dagegen ist er auch in diesem Fall anerkannt[52].

III. Nach früherem Recht war mit dem Retraktrecht das Vorkaufsrecht häufig aber nicht nothwendig verbunden in der Art, daß das erstere von dem Berechtigten nur geltend gemacht werden konnte, wenn der Eigenthümer die von ihm beabsichtigte Veräußerung dem Berechtigten anzuzeigen unterlassen hatte[53]. Dieß ist die Stellung der neueren Landesrechte. Nach Preußischem Landrecht hat der Eigenthümer dem Berechtigen den beabsichtigten Verkauf und dessen Bedingungen gerichtlich oder notariell mittheilen zu lassen[54], worauf sich der Berechtigte bei Verlust seines Rechtes innerhalb zwei Monaten von der Zustellung an zu erklären hat[55]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. und dem Oesterreichischen Recht hat der Eigenthümer dem Berechtigten den beabsichtigten Verkauf anzuzeigen, und dieser hat sich innerhalb 30 Tagen über die Ausübung des Vorkaufsrechts bei Verlust desselben zu erklären[56]. Dieser Grundsatz ist als allgemeine Regel anzunehmen,

[50] Bayr. L.R. IV. 5. 1; Pr. L.R. I. 20. 576 f.; Förster Eccius § 189, 31; Dernburg, Pr. P.R. I. § 381 Nr. 1; Sachsen B.G.B. § 1118—1130; Oesterreich A.B.G.B. § 1078. Nach französischem Recht wird der Tausch dem Verkauf gleich geachtet Zachariä § 359, 43.

[51] S. den Nachweis bei Stobbe, P.R. § 89, 25.

[52] Pr. L.R. I. 20. 615; Pr. Zw.V.Ges. 13/7 1883 § 67; Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 1; Sachsen B.G.B. § 1126. Ausgeschlossen ist dieß Bayern Subh.O. 23/2 1879 Art. 77.

[53] S. die Ausführungen bei Stobbe, P.R. § 89, 51. 52, der § 89 Nr. 1 mit Recht hervorhebt, daß wenn auch nach früherem Recht das Vorkaufsrecht nicht nothwendig mit dem Näherrecht verbunden war, die Geltendmachung des letzteren doch nothwendig ausgeschlossen werden mußte, wenn der Berechtigte, dem die Sache zum Vorkauf angeboten war, davon keinen Gebrauch gemacht hatte.

[54] Pr. L.R. I. 20. 611. Ist der Aufenthalt des Vorkaufsberechtigten unbekannt, so bedarf es öffentlicher Zustellung Pr. L.R. I. 20. 612; Förster Eccius § 189, 44.

[55] Pr. L.R. I. 20. 610; Förster Eccius § 189, 46. Bei nothwendiger Subhastation ist die Erklärung im Bietungstermin selbst abzugeben.

[56] Sachsen B.G.B. § 1121. 1122; Oesterreich A.B.G.B. § 1075. 1079; Randa, E. § 8, 64.

Digitized by Google

insoferne der Berechtigte, der auf die Anzeige von dem beabsichtigten Verkauf die Ausübung des Vorkaufsrechts unterlassen hat, als auf dasselbe verzichtend zu erachten ist[57].

IV. Hat der Eigenthümer die Veräußerung vorgenommen, ohne daß dem Berechtigten Gelegenheit gegeben worden ist, das Vorkaufsrecht auszuüben, so steht dem letzteren das Recht zu, von dem Erwerber und jedem Dritten die Herausgabe des Objekts mit der Retraktsklage zu begehren. Ueber die Natur der letzteren herrscht Meinungsverschiedenheit. Während die einen einen dinglichen Anspruch annehmen[58], die anderen eine persönliche Klage gegeben glauben[59], geht eine dritte Ansicht dahin, es sei die dem Retrahenten eingeräumte Befugniß, das verkaufte Objekt gegen Ersatz des Kaufpreises sich anzueignen[60]. Die Retraktsklage geht auf Abtretung des veräußerten Objekts gegen Erfüllung aller Bedingungen, unter welchen es auf den Erwerber übergegangen ist[61], und Tragung sämmtlicher aus der Abtretung erwachsenden

---

[57] Aeltere Statuten ließen die Ausübung des Vorkaufsrechts auch dann zu, wenn der Berechtigte auf die Anzeige des Verpflichteten die Ausübung nicht ausdrücklich abgelehnt hat Stobbe, P.R. § 89, 52, was Stobbe, P.R. § 89 nach Note 4 mit Recht als ungesunde Entwicklung bezeichnet; dem geltenden Recht gehört, diese Bestimmung nicht mehr an. Gemeinrechtlich ist für die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten der Termin von Jahr und Tag bestimmt Beseler, P.R. (4) § 94, 29; Roth, Bayr. C.R. (1) § 142, 27.

[58] Beseler, P.R. (4) § 94. II. und die bei Stobbe, P.R. § 189, 9 Angeführten. Dieser Auffassung schließen sich für das Preußische Recht an Förster Eccius § 189, 63 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 19.

[59] Eichhorn, P.R. § 103d; Gerber, P.R. § 175, 3; Stobbe, P.R. § 189, 11. Nach dieser Ansicht wird der Anspruch mit einer actio in rem scripta verfolgt.

[60] Dieß ist die Auffassung von Laband, A. f. C.Pr. LII. 189, der das bei dem Retrakt vorliegende Verhältniß mit dem Rechtsverhältniß bei der Expropriation auf eine Linie stellt. Für den gesetzlichen Retrakt scheint nur diese Construktion vollständig begründet zu sein.

[61] Stobbe, Pr. § 89, 26; Beseler, P.R. § 94, 25 folg.; Förster Eccius § 189, 69. Hat eine Mehrheit von Verkäufen stattgefunden, so hat der Retrahent nur die bei dem ersten Verkauf gestellten Bedingungen zu erfüllen Stobbe § 89, 29. Nach Pr. L.R. I. 20. 636 hat der Kläger nur den von dem späteren Erwerber bezahlten Kaufpreis zu entrichten, wenn dieser niedriger ist als der bei dem ersten Verkauf entrichtete.

Digitized by Google

Kosten [62]. Die Verjährung der Retraktsklage richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen [63].

V. Das Vorkaufsrecht kann ein einmaliges oder fortdauerndes sein. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte sind regelmäßig einmalige [64]; für die vertragsmäßigen entscheidet die Disposition. Das Vorkaufsrecht ist nicht abtretbar [65]. Ist es als Aktivrecht mit einem Immobile verbunden, so geht es mit diesem auf den neuen Erwerber über [66].

Caput 3.

Das Lehenrecht [1].

§ 329.

Das Lehenrecht hat für den größeren Theil des Rechtsgebietes seine praktische Bedeutung verloren. Während dasselbe bis zur Auflösung des Deutschen Reichs nicht nur für die Rechtsverhältnisse der Reichsterritorien zum Reich sondern auch für den Großgrundbesitz in den einzelnen Territorien die hauptsächlichste Entscheidungsquelle bildete, verlor es mit diesem Zeitpunkt in ersterer Beziehung alle Geltung [2], und unterlag in letzterer Beziehung

---

[62] Förster Eccius § 189, 70.

[63] Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 14.

[64] Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 10.

[65] Beseler, P.R. (4) § 94, 2; Stobbe, P.R. § 89, 39; Dernburg, Pr. P.R. I. § 380, 15.

[66] Dernburg, Pr. P.R. I. § 380, 18.

[1] Uebersicht über die Literatur bei Beseler, P.R. (4) § 153 und Stobbe, P.R. § 116. Die hauptsächlichsten Werke sind: Böhmer, G. L. principia juris feudalis 1765; Pätz, Lehrbuch des Lehenrechts 1808; Weber, G. M., Handbuch des in Deutschland üblichen Lehenrechts Leipzig 1807; Mayr, Handbuch des gemeinen und Bayrischen Lehenrechts 1831, dann die Darstellungen bei Stobbe, P.R. § 116—128 und Beseler, P.R. (4) § 152—172.

[2] Schon in Folge der Rheinbundakte war der Reichslehenverband zerstört. Die von dem Reich relevirenden Lehen der Rheinbundssouveräne wurden ihrer Lehenseigenschaft entkleidet, und für die in den neuen Rheinbundsstaaten liegenden Reichslehen der Unterthanen jedes Rheinbundstaates wurde

Digitized by Google

mannigfachen Umgestaltungen. Zwar blieb in den Landestheilen, in denen nicht eine vollständige Beseitigung durchgeführt war [3], das Lehensinstitut als geltendes Recht in der Form des Landeslehenrechts erhalten, und für dieses waren in der Hauptsache die bisherigen Rechtsquellen die Grundlage geblieben [4], da nur vereinzelt eine Regelung durch die Landesgesetzgebung eintrat [5]; dagegen erfolgte seit Mitte dieses Jahrhunderts eine Umgestaltung im weitesten Umfang, welche dem Lehensinstitut seine Anwendbarkeit in den einzelnen Rechtsgebieten, in denen es erhalten geblieben war, entzogen hat, so daß es zu einem Rechtsinstitut geworden ist, das nur in einem kleinen Theil des Rechtsgebiets in den wesentlichen Grundlagen unverändert erhalten ist. Der Rechtszustand ist gegenwärtig folgender:

Uebergang der Lehensherrlichkeit von dem Reich auf den neuen Souverän angenommen. Hievon wurde in den meisten Rheinbundsstaaten auch für die in den Händen mediatisirter Familien befindlichen Reichslehen keine Ausnahme gemacht; auch für sie wurde Uebergang der Lehensherrlichkeit auf den neuen Souverän angenommen Stobbe, P.R. § 117, 14.

[3] Dieß war der Fall in den Rechtsgebieten des französischen Rechts, in denen schon vor Publikation des Code civil das Lehensinstitut beseitigt war, und es wurde auch nach der Lostrennung von Frankreich in diesen Rechtsgebieten nicht wieder eingeführt.

[4] Bei Auflösung des deutschen Reichs war das Landeslehenrecht nicht einheitlich gestaltet, sondern es unterschied sich nach den einzelnen Rechtsgebieten. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts galt für das Rechtsgebiet des gemeinen Sächsischen Rechts das Sächsische Lehenrecht, das von dem langobardischen vielfach abwich; in allen übrigen Theilen des gemeinrechtlichen Rechtsgebietes galt das langobardische Lehenrecht. Eine Sonderstellung nahm das Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts ein, in welchem den in der Hauptsache auf der Grundlage des langobardischen Lehenrechts beruhenden Bestimmungen des Gesetzbuchs subsidiäre Geltung eingeräumt wurde, so daß das Lehenrecht des Preußischen Landrechts als eine von der in den anderen Rechtsgebieten abweichende Gestaltung bezeichnet werden muß. Vgl. über dieses Verhältniß Förster Eccius § 183, 24. In Oesterreich bildete das langobardische Lehenrecht die Grundlage.

[5] Es gehören dahin Baden Lehensgesetz 12/8 1807 und Bayern Lehensedikt 7/1 1808. Beide haben in der Hauptsache das langobardische Lehenrecht als Grundlage beibehalten.

Digitized by Google

A. Deutsches Reich.

1. Rechtsgebiet des gemeinen und Sächsischen Rechts.

Hier finden sich folgende Gestaltungen:

I. Aufhebung des Lehensverbandes mit Beseitigung der lehenrechtlichen Erbfolge.

1. In Hessen-Darmstadt[6] und Braunschweig[7] ist der Lehensverband mit völliger Beseitigung der lehenrechtlichen Erbfolge aufgehoben, so daß in die Lehen nach Civilrecht succedirt wird.

2. In Kurhessen[8], Oldenburg[9], Altenburg[10], Reuß j. L.[11] und Lippe-Schaumburg[12] erfolgte die Aufhebung des Lehensver-

---

[6] Ges. 2/5 1849 Art. 1 hebt den Lehenverband gegen Entschädigung auf. Ebenso ist die Lehensfolge beseitigt, und es wird in die Lehen nach Civilrecht succedirt (Art. 4), wobei die Lehenserben nur gegenüber dem besitzenden Vasallen der zur Zeit der Gesetzpublikation keine lehensfolgefähigen Descendenten hat, Anspruch auf Entschädigung haben.

[7] Ges. 13/12 1849 § 1 hebt den Lehensverband gegen Entschädigung auf. Die Rechte der Lehensfolger werden beseitigt ohne Entschädigung, wenn der besitzende Vasall Descendenten hat, gegen Entschädigung wenn er keine Descendenten hat.

[8] Durch Ges. 26/8 1848 § 1 wurde der Lehensverband außer für die auf vier oder weniger Augen stehenden Lehen aufgehoben. Die Successionsrechte der Agnaten sind ohne Entschädigung aufgehoben, jedoch wird in dem nächsten Successionsfall noch nach dem bisherigen Recht succedirt.

[9] Durch Ges. 28/3 1852 Art. 13 ist der Lehensverband ohne Entschädigung aufgehoben, wobei jedoch das Successionsrecht des zur Zeit der Gesetzpublikation nächstberechtigten Lehenfolgers unberührt bleibt, während nach diesem Successionsfall das Lehen ohne Entschädigung in Allod sich verwandelt (Art. 16).

[10] Ges. 1/4 1851 § 1 hebt den Lehensverband auf, wobei nur fremde Lehensherrn eine Entschädigung erhalten. Die Lehenssuccessionsrechte bei Neulehen erlöschen mit Publikation des Gesetzes, bei Altlehen tritt, wenn der Besitzer lehensfähige Descendenz hat, sofort Allodifikation ein; hat er keine solche, so wird noch einmal nach Lehenrecht succedirt, wobei jedoch nur solche Agnaten berücksichtigt werden, die ihre Rechte bis zum 1. Mai 1852 angemeldet haben (§ 17).

[11] Ges. 28/7 1853 § 1. 6 hebt den Lehensverband mit Ausnahme der auf dem Heimfall stehenden Lehen gegen Entschädigung auf. Die Rechte der Lehensfolger sind nach den Note 10 aufgeführten Bestimmungen des Altenburger Gesetzes beseitigt (§ 19. 34).

[12] Durch Ges. 30/11 1878 § 1 ist der Lehensverband gegen Entschädigung aufgehoben. Die Rechte der Agnaten, Mitbelehnten und Eventual-

Digitized by Google

bandes mit Beseitigung der Lehenssuccession von dem nächsten Successionsfall an.

3. In Anhalt erfolgte die Aufhebung des Lehensverbandes mit Erlöschen der Successionsrechte, wenn der besitzende Vasall Descendenz hat, mit Erhaltung der Rechte den Mitbelehnten wenn er keine Descendenz hat, mit Erlöschen der Successionsrechte, wenn der succedirende Mitbelehnte Descendenz hat [13].

II. Aufhebung des Lehensverbandes mit bedingter Erhaltung der Successionsrechte. In Weimar [14], Gotha [15], Schwarzburg-Sondershausen [16] und Schwarzburg-Rudolstadt [17] erfolgte die Aufhebung des Lehensverbandes

---

belehnten erlöschen mit dem nächsten Successionsfall, für welchen allein dieselben noch Geltung behalten, ohne Entschädigung (§ 14).

[13] Ges. 1/4 1878 § 9. 10. Die Bestimmungen des Anhaltischen Gesetzes stimmen in der Hauptsache mit den Bestimmungen der Preußischen Allodifikationsgesetze unten Note 31 folg. überein.

[14] Ges. 19/4 1851 § 1 hebt den Lehensverband auf, wobei Entschädigung nur für die von fremden Lehensherrn relevirenden Lehen geleistet wird. Die Rechte der Lehensfolge bleiben nur für diejenigen Berechtigten erhalten, die ihre Ansprüche bis zum 1. Oktober 1851 bei der zuständigen Behörde angemeldet haben, wobei nur für die Descendenten des bei Erlaß des Gesetzes im Besitz befindlichen Vasallen eine Ausnahme gemacht ist (§ 16).

[15] Durch Ges. 20/10 1848 § 1 ist die Lehensherrlichkeit ohne Entschädigung aufgehoben. Nach Ges. 28/6 1856 § 12 ist das Recht der Mitbelehnten von Anmeldung binnen eines Jahres beim Hypothekenbuch abhängig; auch die successionsfähigen Abkömmlinge eines eingetragenen Mitbelehnten müssen 6 Monate nach dem Tod ihres Ascendenten angemeldet werden § 13. Vgl. auch Ges. 15/4 1859 § 1. Das von Stobbe, P.R. § 117 S. 422 als für Coburg-Gotha erlassen angeführte Ges. 15/3 1879 ist nur für Gotha ergangen und regelt die Allodifikation.

[16] Durch Ges. 12/5 1852 § 12 ist der Lehensverband außer bei den auf dem Heimfall stehenden Lehen ohne Entschädigung aufgehoben. Die Rechte der Mitbelehnten, Gesammthänder, Eventualbelehnten und Expektanten bleiben unverändert erhalten nur wenn sie vor dem 31. December 1852 gehörigen Ortes angemeldet sind (§ 14).

[17] Durch Ges. 10/2 1873 ist der Lehensverband außer bei den auf zwei Augen stehenden Lehen ohne Entschädigung aufgehoben. Die Rechte der Mitbelehnten und Lehenfolger bleiben unverändert erhalten, jedoch nur, wenn sie bis zum 1. Januar 1875 angemeldet sind, nur Descendenten des zur Zeit der Gesetzpublikation besitzenden Vasallen sind von der Anmeldepflicht befreit (§ 8).

Digitized by Google

mit Erhaltung der Rechte derjenigen Anwärter, die ihre Ansprüche bis zu einem gewissen Termin angemeldet haben.

III. Aufhebung des Lehensverbandes mit unveränderter Erhaltung der Successionsrechte. Dieses System gilt in Königreich Sachsen[18], Württemberg[19], Coburg[20] und Meiningen[21].

IV. Ohne Aufhebung besteht das Lehensverhältniß noch in folgenden Rechtsgebieten: Hannover[22], Nassau[23], Bayern[24],

---

[18] Nach Ges. 22/5 1872 § 3 ist der Lehensverband aufgehoben. Bei Lehen, für welche die gesammte Hand vorbehalten ist, bleiben die lehenrechtlichen Bestimmungen über die Succession erhalten; für die Mitbelehnten ist Eintragung in ein öffentliches Register vorgeschrieben. Ihre Rechte sind entsprechend dem bisher geltenden Recht durch das Gesetz speciell geregelt.

[19] Ges. 8/10 1874 hebt das Obereigenthum mit Ausnahme der Thronlehen und der auf vier Augen stehenden Mannlehen auf; dagegen bleiben alle anderen in dem bisherigen Lehensverband begründeten Rechtsverhältnisse unverändert bestehen.

[20] Durch Ablösungsgesetz 25/1 1849 Art. 66 ist der Lehensverband gegen Entschädigung aufgehoben, wobei jedoch die Erbfolgerechte der zur Succession Berechtigten unverändert fortbestehen.

[21] Ges. 20/2 1872 § 1 hebt den Lehensverband gegen Entschädigung auf; die Erbfolgerechte der Lehensnachfolger und Mitbelehnten bleiben unberührt. (Art. 6.)

[22] Ueber das Hannoverische Lehenrecht vgl. Grefe, P.R. II. 114—138 und Wachsmuth in Mag. f. Hannover R. V. 207—232. 361—375. VI. 3—31. 157—184. 317—337. Nach Ges. 13/4 1836 § 1, und 19/7 1848 § 1 sind die Lehen mit Ausnahme der auf dem Heimfall stehenden auf einseitigen Antrag des Vasallen gegen Entschädigung ablösbar. Mit der Ablösung erlöschen die Rechte der Agnaten, jedoch wird nach der Allodifikation noch einmal nach Lehenrecht succedirt.

[23] In dem ehemaligen Herzogthum Nassau gilt das gemeine Lehenrecht, und es sind gesetzliche Bestimmungen weder bezüglich der Aufhebung der Lehenshoheit noch bezüglich der Zulässigkeit der Allodifikation auf einseitigen Antrag ergangen Bertram, P.R. § 2192.

[24] Vgl. Roth, Bayr. C.R. (1) § 199—216. Hier gilt das Lehenedikt 7/7 1808, das in der Hauptsache auf den Grundlagen des longobardischen Lehenrechts beruht, und durch Ges. 15/8 1828 einer Revision unterzogen worden ist. Durch Lehenablösungsgesetz 4/6 1848 Art. 4 ist dem besitzenden Vasallen mit Ausnahme der thronlehenbaren Würden und der auf königlicher Dotation oder Staatsverträgen beruhenden Lehen das Recht der einseitigen Allodifikation eingeräumt, für welche eine verschieden bestimmte Ablösungssumme zu bezahlen ist. Das Recht der Erbfolge wird dadurch nicht berührt; es bleibt

Digitized by Google

Baden[25], Mecklenburg[26], Reuß ä. L.[27], Lippe-Detmold[28] und Waldeck[29], und es ist nur die Ablösbarkeit verschieden geregelt.

2. Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts.

In Preußen wurde 1850 in dem ganzen damaligen Umfang der Monarchie das Obereigenthum des Lehensherrn für alle Lehen mit Ausnahme der Thronlehen und der außerhalb des Staats belegenen Lehen aufgehoben[30]. Damit sind die Rechte der Anwärter nicht an sich beseitigt, diese sind aber entsprechend den Bestimmungen des Ges. 5/6 1852 durch die einzelnen Provincialgesetze[31] in folgender Weise geregelt:

---

den Berechtigten freigestellt, sich durch Uebereinkommen zu vergleichen Roth, Bayr. C.R. (1) § 216, 34. Das Recht der Anwärter ist in einem Präklusivtermin von 2 Jahren bei den Hypothekenämtern anzumelden L.A.G. 4/6 1848 Art. 4; Roth, Bayr. C.R. (1) § 209, 15.

[25] Hier ist das Lehensverhältniß durch das Constitutionsedikt 12/8 1807 geregelt, das in der Hauptsache auf gemeinem Recht beruht. Durch Ges. 9/8 1862 sind alle Lehen auf Verlangen des Lehensherrn oder Vasallen gegen Entschädigung für ablösbar erklärt. Abgelöste Lehen können nach dem Ges. 19/4 1856 für Stammgut erklärt oder in völlig freies Eigenthum verwandelt werden. Geschieht keines von beiden, so werden sie Familiengut, wobei die Successionsrechte der Lehensagnaten in Kraft bleiben.

[26] Vgl. Roth, Mecklenburgisches Lehenrecht 1858. Die Lehenherrlichkeit ist erhalten, nach V. 7/2 1877 können die Lehen jedoch unter den dort bestimmten Voraussetzungen allodificirt werden.

[27] Der Lehenverband ist nicht aufgehoben, das Lehenverhältniß richtet sich nach gemeinem Sächsischem Recht Neubauer, Zusammenstellung 89.

[28] Der Lehenverband ist nicht aufgehoben, doch läßt das Gesetz 25/1 1847 die Allodifikation auf Antrag des besitzenden Vasallen unter den dort bestimmten Voraussetzungen zu, wobei bei dem ersten Erbfall noch eine einmalige Succession nach dem bisherigen Erbrecht stattfindet (§ 8).

[29] Nach der Verfassung 1852 § 38 sind die Lehen nach den Bestimmungen des Ges. 27/8 1848 ablösbar. Antragsberechtigt sind der Lehensherr und der besitzende Vasall. Nur der erstere erhält Entschädigung (§ 8). Bei Allodifikation tritt die Erbfolge nach den bisher geltenden Grundsätzen noch im nächsten Successionsfall ein (§ 6).

[30] Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 2 Nr. 1.

[31] Diese sind: Ges. 4/3 1867 für Pommern; 23/7 1875 für die Kur- Alt- und Neumark; 3/5 1876 für Westfalen und die Kreise Rees, Essen, Duisburg und Mühlheim; 19/6 1876 für Schlesien die Grafschaft Glatz und die Oberlausitz; 16/3 1877 für Ostpreußen; 28/3 1877 für Sachsen und Brandenburg außer den Marken.

Digitized by Google

I. Es werden nur solche Agnaten als successionsberechtigt anerkannt, die bis zum Eintritt der Gesetzeskraft des betreffenden Provincialgesetzes geboren sind oder bis zum 302. Tag nach diesem Zeitpunkt geboren werden, und die in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen sind, oder binnen zwei Jahren eingetragen werden[32].

II. Das Lehen verliert von selbst seine Eigenschaft und verwandelt sich in der Hand des Besitzers in freies Eigenthum

1. wenn bis zum Ablauf der zweijährigen Frist kein Successionsberechtigter zur Eintragung angemeldet ist[33];

2. wenn beim Ablauf der zweijährigen Frist außer dem Besitzer und seiner Descendenz kein anderer Successionsberechtigter am Leben ist[34];

3. wenn der Besitzer zur Zeit des Eintretens der Gesetzkraft des Gesetzes lehensfähige Descendenz hat, oder bis zum 302. Tag von dieser Zeit an erwirbt[35], sowie wenn ein später geborener Descendent des Besitzers diesen überlebt, und in dem Lehen succedirt[36];

4. wenn der zur Succession gelangende Agnat oder Mitbelehnte beim Anfall des Lehens lehensfähige Descendenz hat[37].

III. Der Lehenmann, in dessen Händen das Lehen seine Eigenschaft verliert, kann nach seiner Wahl gegen eine den Anwärtern zufallende Abfindung das Lehen allodificiren, oder für die lehensberechtigte Familie das Gut in ein Fideicommiß verwandeln, wobei er selbst erster Fideicommißbesitzer wird[38].

---

[32] Pommern § 1; Brandenburg § 3; Westfalen § 3; Schlesien § 3; Ostpreußen § 3; Sachsen § 2. Die Eintragung der Anwärter erfolgt theils in besonders geführte Lehens- und Successionsregister, theils in die Grundbücher.

[33] Pommern § 2; Brandenburg § 4; Westfalen § 5; Schlesien § 4; Ostpreußen § 4; Sachsen § 3.

[34] Pommern § 2; Brandenburg § 4; Westfalen § 5; Schlesien § 4; Ostpreußen § 4; Sachsen § 3.

[35] Pommern § 3; Brandenburg § 5; Westfalen § 6; Schlesien § 5; Ostpreußen § 5; Sachsen § 5.

[36] Pommern § 4; Brandenburg § 6; Westfalen § 7; Schlesien § 6; Ostpreußen § 6; Sachsen § 6.

[37] Pommern § 5; Brandenburg § 7; Westfalen § 8; Schlesien § 7; Ostpreußen § 7; Sachsen § 7.

[38] Die Art und Weise und der Betrag der Abfindung sind bestimmt:

Digitized by Google

B. Oesterreich.

In Oesterreich ist der Lehensverband durch die Gesetze 17/12 1862 und 12/5 1869 gegen Entschädigung aufgehoben, wobei die Lehenssuccession nur für die zur Zeit der Kundmachung der Gesetze bereits erzeugten Lehenssuccessoren aufrecht erhalten bleibt, nach deren Aussterben aber Allodifikation eintritt[39].

Das lehenrechtliche Verhältniß als Ganzes ist demnach nur in einem kleinen Theil der deutschrechtlichen Rechtsgebiete erhalten[40]; in den übrigen ist theils völlige Beseitigung des Instituts, theils Aufhebung des Lehensverbandes mit Erhaltung der lehenrechtlichen Grundsätze nur in ihren erbrechtlichen Bestimmungen eingetreten[41]. Ich werde mich in Anbetracht dieser Verhältnisse auf die Darstellung der erbrechtlichen Grundsätze des Lehenrechts beschränken, und diese mit der der Familienfideicommißsuccession im Erbrecht verbinden.

Pommern § 6; Brandenburg § 9; Westfalen § 9; Schlesien § 9; Ostpreußen § 9; Sachsen § 9.

[39] Durch R.G. 17/12 1862 wurde der Lehensverband für alle Lehen im lombardisch-venetianischen Königreich in den übrigen Kronländern nur für die Rustikal- und Beutellehen gegen Entschädigung aufgehoben (§ 1) und die Lehenssuccession nur für die zur Zeit der Kundmachung des Gesetzes bereits erzeugten Lehenssuccessoren aufrecht erhalten, nach deren Aussterben Allodifikation eintritt (§ 3). Durch gleichlautende Gesetze 12/5 1869 wurde dieß in den übrigen Kronländern für alle Lehen angeordnet, und namentlich der § 3 des Ges. 17/12 1862 darauf ausgedehnt, so daß in diesen das Lehenssuccessionsrecht nur für die zur Zeit der Gesetzespublikation bereits erzeugten Lehensanwärter erhalten ist, die aber ihr Recht nicht weiter vererben.

[40] Die oben Note 22—29 aufgeführten Rechtsgebiete, in welchen das Lehenrecht noch unverändert fortbesteht, haben nach dem Bevölkerungsstand von 1880 zusammen eine Bevölkerung von 9,931,000 E., bilden also etwas über den fünften Theil von Deutschland, und auch in diesen ist durch Allodifikation ein großer Theil des früheren Bestandes an Lehengütern verschwunden namentlich in Bayern und Baden. In größerem Umfang findet sich der Lehensverband nur in Mecklenburg erhalten, wo 1875 2/3 der 1000 Rittergüter noch im Lehensnexus standen Neubauer, Zusammenstellung 86.

[41] Auch in diesem Theil der Rechtsgebiete ist die Zahl der Lehengüter sehr reducirt, namentlich in Preußen, wo mit Ausnahme der bei Bestand gebliebenen wenigen Thronlehen nur wenige frühere Lehengüter noch nicht zu Allod geworden oder in Fideicommisse verwandelt sind, was nach den gesetzlichen Bestimmungen auch für diese bevorsteht. Die Neuconstituirung von Lehen ist in den zuletzt genannten Rechtsgebieten ausgeschlossen.

Digitized by Google

Caput 4.

Das Recht der Familienfideicommisse[1].

Einleitung.

§ 330.

Dem älteren Deutschen Recht war eine Verfügung, durch welche ein Vermögenscomplex dauernd an eine bestimmte Familie gebunden werden konnte in der Art, daß er unveräußerlich in derselben vererbt werden sollte, ebensowenig bekannt[2], als dem römischen Recht, das nur eine zeitliche Gebundenheit zuließ[3]. Die Entstehung des jetzt geltenden Instituts wurde früher in der Regel mit dem Institut der Stammgüter[4] in Verbindung gebracht, in-

[1] Vgl. Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium Ulm 1654; Salza, die Lehre von den Familienfideicommissen 1838; Lewis, das Recht der Familienfideicommisse 1868; Lewis, die in den deutschen Staaten bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über Familienfideicommisse in Hirth, Annalen 1879. 465; Gerber, Beiträge zur Lehre von Familienfideicommissen in Abh. I. 100—143; Beseler, P.R. (4) § 181; Stobbe, P.R. § 138—140; Preußen Dernburg, Pr. P.R. I. § 374—378; Förster Eccius § 242; Hannover Wachsmuth in Mag. f. Hannover R. VII. 3 folg.; Schleswigholstein Paulsen, P.R. § 45; Kurhessen Platner, E.R. § 20; Nassau Bertram, P.R. § 2190; Bayern Roth, Bayr. C.R. (1) § 217—236; Sachsen Freiesleben, die Familienanwartschaft 1862; Württemberg Lang, S.R. § 151—160; Frankfurt Bender, P.R. § 162. 163; Oesterreich Wildner, das Fideicommißrecht 1835; Pfaff und Hofmann, Commentar II. 264 folg.; Pfaff und Hofmann, Exkurse II. 3. Eine Uebersicht der in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Bestimmungen gibt Neubauer, Zusammenstellung des Rechts der Familienfideicommisse 1879.

[2] Vereinzelte Fälle werden schon aus dem 14. Jahrhundert angeführt Stobbe, P.R. § 138, 4; eine allgemeine Regel hatte sich indeß nicht gebildet, man trat vielmehr solchen Dispositionen vielfältig entgegen Stobbe, P.R. § 138, 5. 6.

[3] Ueber die Unterscheidungsmerkmale des römischen Fideicommisses und des in Deutschland in Geltung stehenden Instituts vgl. Lewis, F. § 1. 2; Freiesleben, Anwartschaft § 1. 5.

[4] Die Stammgüter, früher ein weitverbreitetes Institut, finden sich jetzt nur vereinzelt in einzelnen Theilen des gemeinrechtlichen Rechtsgebietes. Bis zur Auflösung des Deutschen Reichs waren sie vielfältig für die einheimische Ritterschaft der einzelnen Rechtsgebiete durch besondere Gesetze geregelt, so 1555 Herzogthum Jülich Berg, R.O. c. 93; 1573 Tyrol Reformation III. 34; 1577 Bremen Ritterrecht; 1598 Preußen jus terrestre nobilitatis cor-

Digitized by Google

dem man von der Ansicht ausgieng, die Entstehung der Familienfideicommisse in Deutschland sei auf das Bestreben zurückzuführen, bei dem Eindringen des römischen Rechts für bestimmte Familien das ursprüngliche Erbrecht gegen die durch das recipirte römische Recht drohenden Neuerungen zu schützen[5]. Diese Auffassung entbehrt der Begründung, da die Rechtssätze, deren Durchführung man mit der Ausbreitung dieses Instituts beabsichtigte, die Unveräußerlichkeit der Familiengüter und die Ausschließung der cognatischen Erbfolge, schon lange vor der Reception des römischen Rechts in dem Deutschen Recht nicht mehr anerkannt waren[6]. Das Institut der Familienfideicommisse, das sich seit dem 17. Jahrhundert in Deutschland weit verbreitete, knüpfte zunächst an das römischrechtliche Institut an[7], jedoch mit der Modifikation, daß schon im 16. Jahrhundert die zeitliche Beschränkung auf vier Generationen beseitigt wurde[8]. Erst seit Mitte des 17. Jahr-

---

rectum; 1663 Churköln R.O. VI; Bayern Generale 20/4 1672; 1744 F. Minden; 1778 F. Osnabrück. In dem Statutum Geisslingense 12/2 1653, das aber nur Entwurf geblieben ist, sollte für die gesammte Reichsritterschaft ein entsprechendes Gesetz erlassen werden. Durchgängig findet sich in diesen gesetzlichen Bestimmungen, denen in anderen Rechtsgebieten analoge Observanzen entsprechen, Ausschluß der weiblichen Succession angeordnet, theilweise auch Beschränkung der Dispositon des Eigenthümers. Mit der Auflösung des Deutschen Reichs wurde die Mehrzahl derselben in Familienfideicommisse verwandelt, wenigstens ist dieß für Bayern nachweisbar. Allein die Familienfideicommisse bestanden schon lange als die Stammgüter in den meisten Rechtsgebieten verschwanden. Jetzt sind die letzteren namentlich noch in dem ehemaligen Königreich Hannover erhalten vgl. Stobbe, P.R. § 138, 9.

[5] Eine Uebersicht der älteren Ansichten über die Entstehung der Fideicommisse gibt Hofmann in Commentar II. 266 folg.

[6] Das Beispruchsrecht der nächsten Erben, das man als die Grundlage der Unveräußerlichkeit bildend ansehen könnte, war nicht in allen Stammesrechten anerkannt, und auch in dem späteren Recht vor Reception des römischen Rechts nicht allgemein durchgeführt Stobbe, P.R. § 87. I. II; Hofmann in Commentar II. 267. Das Gleiche gilt von der Ausschließung der cognatischen Erbfolge. Auch diese war nicht in allen Stammesrechten anerkannt, und wurde vielfältig erst durch die spätere Gesetzgebung durchgeführt Roth, Bayr. C.R. (1) § 217, 5; Hofmann in Commentar II. 267, 17.

[7] Die Aufnahme der Fideicommisse in Deutschland erfolgte ursprünglich in der Gestalt die sie in der älteren italienischen Praxis erhalten hatten Hofmann, Exkurse II. 291, 45 und 307.

[8] Lewis, F. § 6, 178; Beseler, P.R. (4) § 181, 20; Stobbe, P.R. § 138, 10; Hofmann, Exkurse II. 291.

Digitized by Google

hunderts wurde in Deutschland die neuere Form recipirt. Diese entstammt dem spanischen Recht, in welchem sie sich als Majorat schon frühzeitig ausbildete [9], und von da nach Italien verbreitete [10]. Die Uebertragung erfolgte im 17. Jahrhundert zunächst nach Oesterreich [11] und von da in das südliche und westliche Deutschland. Die Unterscheidungsmerkmale der neueren Form gegenüber der älteren Form sind namentlich: Individualsuccession in der Regel mit Primogenitur, Ausschluß der weiblichen und cognatischen Succession und die Eigenschaft als Institut des öffentlichen Rechts [12]. Daß diese neuere Form auf die Entwicklung des bei uns geltenden Instituts von Einfluß gewesen ist, ist zweifellos; sie ist indessen nicht allgemein durchgedrungen. Sie fehlt nicht nur da, wo sich Fideicommisse finden, die nicht landesgesetzlich geregelt sind [13], sondern auch in solchen Rechtsgebieten, in welchen das Institut durch neuere Landesgesetze näher bestimmt ist [14]. Als Unterscheidungsmerkmal der älteren und der neueren Form ist auch jetzt die Gestaltung des Successionsrechts zu bezeichnen. Da wo die neuere Form durchgedrungen ist, ist die Fideicommißsuccession bloße Individualsuccession, wo dieß nicht der Fall ist, kann auch Simultansuccession eintreten [15].

---

[9] Den Nachweis hat Hofmann, Exkurse II. 282 folg. in einer historischen Skizze geliefert, die als mustergiltig bezeichnet werden kann.

[10] Hofmann, Exkurse II. 299. Die Fideicommisse des neueren Rechts waren dort so verbreitet, daß z. B. in Toskana Ende des 17. Jahrhunderts drei Viertheile des Grundbesitzes durch Fideicommisse vinkulirt war.

[11] Es war dieß namentlich zur Zeit des dreißigjährigen Kriegs und in der darauf folgenden Zeit der Fall Hofmann, Exkurse II. 300 folg.

[12] Hofmann, Exkurse II. 291. Mit Recht bemerkt Hofmann, Exkurse II. 307, daß die Fideicommisse in der Gestalt die sie vor Reception der neueren Form hatten niemals eine bedeutende Rolle gespielt hätten, da die bei ihnen zulässige Simultansuccession die politische und sociale Bedeutung, welche den Majoraten in Spanien und Deutschland zukam, nie hätte zum Durchbruch kommen lassen.

[13] In diesen kann die Individualsuccession nur durch dispositive Feststellung im einzelnen Fall bestimmt sein.

[14] Auch hier kann die gesetzliche Succession Simultansuccession sein. Ein Beispiel ist das Recht des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs.

[15] Gemeinrechtlich und nach Oesterreichischem und Sächsischem Recht tritt, wenn der Stifter keine besondere Successionsordnung bestimmt hat, Simultansuccession nach den Regeln der Intestaterbfolge ein Lewis, F. § 21, 23 f.;

Digitized by Google

Das Recht der Familienfideicommisse ist neuerdings in folgenden Rechtsgebieten gesetzlich geregelt:

1. Preußen Pr. L.R. II. 4. 47—226; Ges. 15/2 1840 Familienschlüsse;

2. Hannover Ges. 13/4 1836 über Ablösbarkeit des Lehensverbandes und Errichtung von Familienfideicommissen;

3. Bayern V.U. 1818 Beilage VII. Fideicommißedikt; Zusatzgesetz 11/9 1825; Instruktionen über Behandlung der Familienfideicommisse 2/12 1818 und 3/3 1857[16];

4. Sachsen B.G.B. § 2527—2541;

5. Baden L.R. Art. 577 ca—577 c. v;

6. Hessen-Darmstadt Ges. 13/9 1858 Errichtung von Familienfideicommissen;

7. Braunschweig Ges. 20/5 1858 Errichtung von Familienstammgütern;

8. Sachsen-Weimar Ges. 24/3 1833 Errichtung von Familienfideicommissen;

9. Anhalt Ges. 17/4 1870 die Familienschlüsse betreffend.

10. Oesterreich A.B.G.B. § 618—646.

In den übrigen Rechtsgebieten des Deutschen Reichs, soweit in denselben die Familienfideicommisse nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind[17], ist die Möglichkeit der Errichtung anzunehmen. Zweifellos ist dieß da der Fall, wo durch gesetzliche Regelung ein-

---

die anderen Landesgesetze lassen nur Individualsuccession eintreten Lewis, F. § 21, 36. 37. Das Nähere im Erbrecht.

[16] Die vielfältig citirten Bestimmungen des Bayrischen Landrechts haben durch das F.E. 1818 alle Geltung verloren und haben nur die Bedeutung eines historischen Zeugnisses.

[17] In Frankfurt ist durch Ges. 28/3 1848 die Aufhebung der bestehenden Fideicommisse erfolgt, und die Neuerrichtung verboten Bender, P.R. § 163 und Nachtrag S. 519; ebenso in Oldenburg durch Ges. 28/3 1858. In dem Rechtsgebiet des Code civil war durch die Bestimmungen desselben die Errichtung von dauernden Familienfideicommissen verboten C. c. Art. 896. 897. 1048—1050, und nur für die durch kaiserliche Dotation errichteten Majorate eine Ausnahme gemacht. In Frankreich wurden jedoch diese durch Ges. 7/5 1849 wieder beseitigt. In der Bayrischen Pfalz und Elsaß-Lothringen ist demgemäß die Errichtung von Fideicommissen ausgeschlossen. Dagegen ist für Baden durch L.R. Art. 577. c. a., für die Preußische Rheinprovinz durch V. 25/2 1826 und in Rheinhessen durch Ges. 13/9 1858 die Errichtung zugelassen.

Digitized by Google

zelner darauf bezüglicher Rechtsverhältnisse die Zuläßigkeit der Errichtung direkt anerkannt ist [18]. Die Frage ob hier, soweit nicht die Disposition des Stifters nähere Anhaltspunkte gewährt, die durch Landesgesetz nicht geregelten Rechtsverhältnisse nach den für gemeinrechtlich geltenden Grundsätzen zu beurtheilen seien, dürfte zu bejahen sein [19]. Bestritten ist, ob für diejenigen Rechtsgebiete, in welchen eine Anerkennung der Zuläßigkeit der Errichtung von Familienfideicommissen durch Gesetz oder Gewohnheit nicht erfolgt ist [20], diese Zuläßigkeit anzunehmen ob also das Institut als ein

---

[18] Anerkannt ist die Zuläßigkeit der Errichtung von Familienfideicommissen durch die Bestimmung, daß die Fideicommißeigenschaft in das Grundbuch einzutragen sei in folgenden Rechtsgebieten: Kurhessen Ges. 20/12 1840 § 10. 11; Nassau Min.V. 31/5 1854 § 38; Meiningen Gr.B.G. 15/7 1862 Art. 2; Altenburg H.G. § 8; Reuß j. L. H.G. § 8; Reuß ä. L. H.G. § 9; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 42; Sondershausen Gr.B.O. § 64; Waldeck Gr.B.O. § 9. Durch gesetzliche Regelung einzelner darauf bezüglicher Rechtsverhältnisse ist der Bestand des Instituts in folgenden Rechtsgebieten anerkannt: Schleswigholstein Instruktion für die Oberdikasterien 16/5 1834 § 43; Württemberg Deklaration 8/12 1821 § 15; J. Min.Verfügung 15/6 1839; Mecklenburg V. 16/6 1842 Errichtung einer Fideicommißbehörde; Detmold V. 1769 Neubauer, Zusammenstellung 11. Das notorische Bestehen von Familienfideicommissen läßt, insofern nicht Anerkennung durch Gesetz nachweisbar ist, auf Anerkennung der Zuläßigkeit der Errichtung durch Gewohnheit schließen. Dieser Fall liegt vor nach dem Recht von Hamburg, wo deutschrechtliche Familienfideicommisse ohne gesetzliche Bestimmung von jeher anerkannt sind Baumeister, P.R. § 114, 10, was nach Neubauer, Zusammenstellung 11 auch auf Lübeck Anwendung leidet.

[19] Es ist dieß in mehreren der oben Note 15 aufgeführten Rechtsgebiete als zweifellos anerkannt, so in Kurhessen Erk. 18/10 1873 Platner, E.R. § 20, 17 und Württemberg Lang, S.R. § 151. Es spricht dafür schon der Umstand, daß die Grundlage des deutschrechtlichen Instituts, die Beseitigung der Beschränkung auf vier Generationen, durch Gewohnheitsrecht Anerkennung gefunden hat oben Note 8.

[20] Keine Angaben liegen vor für Rudolstadt Neubauer, Zusammenstellung 9, und Schaumburg Neubauer, Zusammenstellung 10; es erhellt nicht ob hier deutschrechtliche Familienfideicommisse sich finden, und ob Errichtung von solchen für zuläßig erachtet wird. In Lippe-Detmold wurde nach V. 1769 die Giltigkeit von Fideicommissen von amtlicher Bestätigung und öffentlicher Bekanntmachung für abhängig erklärt. Durch Gesetz 4/9 1849 wurden die bestehenden Fideicommisse aufgehoben und die Neuerrichtung untersagt, dieses Gesetz jedoch durch V. 12/5 1854 wieder aufgehoben Neubauer, Zusammenstellung 11. Ob Fideicommisse dort vorhanden sind ist nicht bekannt.

Digitized by Google

gemeinrechtliches in der Art anzusehen sei, daß es auch ohne gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Anerkennung in jedem Rechtsgebiet Anwendung findet[21]. Für die bejahende Meinung dürfte anzuführen sein, daß das charakteristische Unterscheidungsmerkmal des deutschrechtlichen Familienfideicommisses, die Befreiung von der im römischen Recht bestimmten Beschränkung auf vier Generationen, allerdings auf ein gemeines Deutsches Gewohnheitsrecht zurückzuführen ist[22].

Die nachfolgende Darstellung wird das Recht der Familienfideicommisse mit Ausschluß der für die Succession geltenden Grundsätze geben, welche letztere im Erbrecht ihre Darstellung finden werden.

---

§ 331.

I. Von den Familienfideicommissen überhaupt.

I. Begriff. Das Familienfideicommiß ist ein Vermögenscomplex[1], welcher durch eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Disposition in der Art unveräußerlich an eine Familie gebunden ist, daß er der in der Disposition bestimmten oder gemeinten Succession verbleibt. Es ist dabei nicht erforderlich, daß die Vererbung in der Familie bis zu ihrem Ausgang bestimmt sei, sie kann auch an bestimmte Generationen gebunden sein[2]. Die Unveräußerlichkeit ergibt sich aus der Bestimmung der Vererbung in der Familie, und braucht nicht besonders ausgesprochen zu sein[3]. Für die Rechtsverhältnisse des Fideicommisses entscheidet die Dis-

---

[21] Für die gemeinrechtliche Geltung spricht sich aus Gerber, Abhandlungen I. 127 folg.; Beseler, P.R. (4) § 181, 3; dagegen Stobbe, P.R. § 138, 12.

[22] Vgl. oben Note 8.

[1] Mit dem Ausdruck Familienfideicommiß wird auch der Akt der Errichtung bezeichnet Stobbe, P.R. § 139, 3. Richtiger ist es, ihn in dem ersteren Sinn zu setzen, und es entspricht dieß auch dem Sprachgebrauch unserer Landesrechte.

[2] Die entgegengesetzte Meinung von Gerber, P.R. § 84, 1 entspricht nicht dem geltenden Recht, da mehrere Landesrechte die Zulässigkeit der Beschränkung auf mehrere Generationen aussprechen, so Pr. L.R. II. 4. 23; Bayern F.E. § 1; Weimar F.G. § 1, 1; Oesterreich A.B.G.B. § 618.

[3] Lewis, F. § 6, 73.

Digitized by Google

position des Stifters, für welche die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts gelten, soweit nicht das Landesgesetz Beschränkungen der Dispositionsbefugniß bestimmt [4].

II. Gegenstand des Fideicommisses. Gegenstand des Fideicommisses können nur solche Objekte sein, welche die erforderliche Dauer haben und die ertragsfähig sind [5]. Als solche sind in unseren Landesrechten anerkannt:

1. Grundstücke. Soweit nicht durch gesetzliche Bestimmung die Errichtung auf landwirthschaftliche Grundstücke beschränkt ist [6], können alle Immobilien namentlich auch Häuser dazu verwendet werden [7]. Die Frage, ob Lehengüter zur Errichtung von Fideicommissen geeignet seien, ist nach den Bestimmungen zu entscheiden, welche das Lehenrecht über die Dispositionsbefugniß des Vasallen trifft [8]. Das Gleiche gilt von Bauerngütern in gutsherrlichem Verband [9].

2. Rechte. Auch Rechte können Gegenstand der Fideicommißerrichtung sein [10]. Es gilt dieß nicht nur für die den Immo-

---

[4] Sehr weit gehende Beschränkungen enthält z. B. das Bayrische Recht Roth, Bayr. C.R. (1) § 218, 3, dann Braunschweig F.G. § 1 und Hannover F.G. § 29 und § 31.

[5] Lewis, F. 48; Pfaff und Hofmann, Comment. II. 309, 50. Es gilt dieß jedenfalls nach denjenigen Rechten, welche für die Errichtung des Fideicommisses einen bestimmten Betrag der Einkünfte voraussetzen unten Note 17; aber auch sonst ist es als Regel anzunehmen, da es Zweck der Fideicommißerrichtung ist, die Erträgnisse den Nachfolgern zu sichern. Es wird also jedenfalls ein Gegenstand vorausgesetzt werden, der ertragsfähig gemacht werden kann. Nach Sachsen B.G.B. § 2527 kann die Familienanwartschaft ein ganzes Vermögen einen ideellen Theil desselben oder einzelne Sachen umfassen, also auf alle Vermögensgegenstände sich beziehen.

[6] Dieß ist der Fall nach Pr. L.R. II. 4. 48. 60; Bayern F.E. § 6; Braunschweig F.E. § 1.

[7] Lewis, F. § 5, 2; Weimar F.E. § 6; Baden L.R. Art. 577. c. b; Hessen F.E. Art. 1; Hannover F.E. § 36.

[8] Vgl. unten § 332, 27; Lewis, F. § 5, 68 folg. Die Frage ist wenig praktisch, da der Lehenverband nur ganz vereinzelt erhalten ist.

[9] Vgl. unten § 332, 28; Lewis, F. § 5, 37. Auch der gutsherrliche Verband ist nur ganz vereinzelt erhalten.

[10] Dieß zieht in Abrede Lewis § 5, 12. Die Zulässigkeit ist jedoch nicht nur im früheren Recht, sondern auch in neueren Gesetzen anerkannt Stobbe, P.R. § 139, 8 und unten Note 12.

Digitized by Google

bilien gleichstehenden selbstständigen Rechte [11], sondern auch für solche, welche selbstständige Renten gewähren [12].

3. Geldkapitalien können, insoweit sie gehörig fundirt sind, selbstständige Fideicommißobjekte sein [13]; nach einzelnen Landesrechten können sie jedoch nur mit anderen Fideicommißobjekten in Verbindung gesetzt werden [14].

4. Mobilien können regelmäßig nur als Pertinenzen von Immobilien Gegenstand der Fideicommißerrichtung sein [15].

III. Umfang des Fideicommisses. An sich ist kein Grund gegeben für den Umfang des Fideicommisses bestimmte Grenzen zu ziehen [16]. Mehrere Rechte bestimmen jedoch eine Minimalsumme [17], oder setzen eine Maximalsumme fest, die nicht überschritten werden soll [18].

---

[11] Es gehören dahin solche, denen ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet ist.

[12] Weimar F.G. § 6 bezeichnet Erbzinsen und andere auf liegenden Gütern haftende Gefälle als Gegenstand der Fideicommißerrichtung. Nach Bayern F.E. § 3, 2 sind die Erträgnisse des früher bestandenen Obereigenthums die, wenn sie nicht abgelöst sind, als Reallasten fortdauern, Gegenstand der Fideicommißerrichtung, wobei nicht wie bei den F.E. § 3, 3 aufgeführten Rechten das Erforderniß, daß sie mit einem zum Fideicommiß bestimmten Gut in Zusammenhang stehen, ausgesprochen ist.

[13] Lewis, F. § 5, 15 folg.; Beseler, P.R. (4) § 181, 16; Stobbe, P.R. § 139, 9. Selbstständige Geldfideicommisse lassen zu: Pr. L.R. II. 4. 126; Hannover F.E. § 39; Weimar F.E. § 6; Anhalt Ges. 17/4 1870 § 21.

[14] Nur in Verbindung mit Immobilien lassen die Fideicommißqualität von Geldkapitalien zu: Bayern F.E. § 6; Baden L.R. Art. 577. c. b; Braunschweig F.E. § 31; Hessen F.E. § 3.

[15] Lewis § 5, 34; ausdrücklich bestimmt ist dieß Pr. L.R. II. 4. 60 und Bayern F.E. § 3. Es gilt dieß für alle diejenigen Rechte, welche für das Fideicommiß eine bestimmte Höhe des Ertrags voraussetzen unten Note 17. Aber auch abgesehen davon wird sich für Mobilien allein die Fideicommißqualität kaum begründen lassen Stobbe, P.R. § 139, 11.

[16] Lewis, F. § 5 nach Note 137. Keine Bestimmung haben Königreich Sachsen und Sachsen-Weimar.

[17] Pr. L.R. II. 4. 51. 59 2500 Thlr. Reinertrag und bei Geldfideicommissen 10,000 Thlr. Capital; Hessen F.E. Art. 2 75,000 Gulden; Hannover F.E. § 30 1200 Thlr. Reinertrag; Braunschweig F.E. § 1 3000 Thlr. Reinertrag; Baden L.R. Art. 577. c. d. 4000 bzw. 15,000 Gulden Reinertrag; Bayern F.E. § 5 Gutsrente von 1500—2000 Gulden.

[18] Baden L.R. Art. 577. c. d. das Doppelte des Minimalertrags. Nach Pr. L.R. II. 4. 56 ist zur Errichtung eines Fideicommisses mit einem Rein-

Digitized by Google

IV. Subjekte. Nur nach Bayrischem[19] und Badischem Recht[20] können Familienfideicommisse nur für adelige Successoren errichtet werden; die anderen Rechte kennen diese Beschränkung nicht[21].

V. Aufsicht. Die Fideicommisse unterstehen der Aufsicht der Gerichte[22]. Die Competenz derselben beschränkt sich, wenn nichts anderes bestimmt ist, auf die Bestätigung derjenigen Handlungen, welche einer richterlichen Ergänzung bedürfen[23]; nach einzelnen Rechten ist die Competenz ausgedehnter[24].

§ 332.

II. Errichtung der Familienfideicommisse.

Früher nahm man die Möglichkeit der Begründung eines Familienfideicommisses durch Gesetz[1], Observanz[2] und Verjäh-

ertrag von über 10,000 Thlr. besondere landesherrliche Genehmigung erforderlich.

[19] Bayern F.E. § 1.

[20] Baden L.R. Art. 577. c. d.

[21] Lewis, F. § 5, 14 folg.

[22] Competent ist nach Preußen Ges. 5/3 1855 § 1 und Bayern F.E. § 14 das Oberlandesgericht der belegenen Sache, nach Oesterreichischem Recht der persönliche Richter des Stifters Lewis, F. § 11, 12, nach Hessen F.E. § 6 und Braunschweig F.E. § 7 das Untergericht der belegenen Sache.

[23] Dahin gehört namentlich Bestätigung der Errichtung und Mitwirkung und Bestätigung bei Familienschlüssen über Veräußerung und Verschuldung Pr. L.R. II. 4. 76. 77; Ges. 15/2 1840 § 2; Ges. 5/3 1855 § 1; Sachsen B.G.B. § 2533. 2541; Oesterreich A.B.G.B. § 634. 635.

[24] Nach Bayrischem Recht hat das Fideicommißgericht nicht nur Bestätigung der Errichtung und Ergänzung des Consenses sondern auch Beaufsichtigung der Verwaltung und die Befugniß auf Antrag oder von Amtswegen gegen üble Verwaltung einzuschreiten Roth, Bayr. C.R. (1) § 228, 17 folg. Nach Hessen F.E. Art. 17 hat das Fideicommißgericht außer der Ergänzung des Consenses bei Veräußerungen die Befugniß auf Ansuchen der Anwärter bei schlechter Verwaltung des Fideicommißbesitzers einzuschreiten. Nach Braunschweig F.E. § 7 kann das Fideicommißgericht gegen einen deteriorirenden Besitzer auf Antrag der Anwärter einschreiten.

[1] Dieß war die Ansicht namentlich von Kreittmayr, Anm. 5a zu Bayr. L.R. III. 10. 1; vgl. Lewis, F. § 6, 2.

[2] Bayr. L.R. III. 10. 2 Nr. 4; Lewis, F. § 6, 6 folg. Gemeinrechtlich

Digitized by Google

rung[3] an; jetzt wird allgemein angenommen, daß zur Entstehung eine bestimmte Disposition erforderlich sei[4], womit unsere Landesrechte übereinstimmen[5]. Die Willenserklärung muß entnehmen lassen, daß der Constituent die zum Fideicommiß bestimmten Objekte unveräußerlich in der für die Succession bestimmten Familie erhalten wolle[6]. Gemeinrechtlich ist nicht erforderlich, weder daß das Veräußerungsverbot direkt ausgesprochen[7], noch daß eine bestimmte Successionsordnung vorgeschrieben sei[8]. Einzelne Landesrechte lassen jedoch die Errichtung des Familienfideicommisses nur zu, wenn sie durch eine Willenserklärung erfolgt, deren Inhalt den gesetzlichen Bestimmungen entspricht[9].

Für die Errichtung des Fideicommisses gelten folgende Grundsätze:

I. Form. Gemeinrechtlich und nach der Mehrzahl der Landesrechte ist zur Errichtung des Familienfideicommisses eine bestimmte einheitliche Form nicht vorgeschrieben, vielmehr kann dasselbe durch jedes giltige Rechtsgeschäft errichtet werden. Hiernach kann ein Familienfideicommiß errichtet werden:

1. Durch eine Handlung unter Lebenden, und zwar:

a. durch Vertrag[10]. Die Contrahenten können gemeinrechtlich die Errichtung des Fideicommisses für einen der Con-

---

wird die Möglichkeit der Entstehung eines Familienfideicommisses durch Observanz jetzt allgemein verworfen Lewis, F. § 6, 23 folg.; Beseler, P.R. (4) § 181, 7.

[3] S. Lewis, F. § 6, 36 folg.

[4] Lewis, F. § 6, 41; Stobbe, P.R. § 139, 16; Beseler, P.R. (4) § 181, 6.

[5] Pr. L.R. II. 4. 47; Bayern F.E. § 17; Sachsen-Weimar F.E. § 1; Sachsen B.G.B. § 2527; Hannover F.E. § 36; Baden L.R. Art. 577 cc; Braunschweig F.E. § 1. Nach Bayrischem Recht kann ein Fideicommiß auch durch königliche Dotation errichtet werden F.E. § 31.

[6] Lewis, F. § 6, 63. Die Unveräußerlichkeit ist die wesentliche Eigenschaft des Fideicommisses Förster Eccius § 242, 22, deren Mangel das Bestehen eines solchen unmöglich macht.

[7] Lewis, F. § 6. 71.

[8] Lewis F. § 6, 94 folg. Ausdrücklich anerkannt ist dieß Sachsen B.G.B. § 2527.

[9] Es gilt dieß namentlich nach Bayrischem Recht Roth, Bayr. C.R. (1) § 221, 6; Pr. L.R. II. 4. 142; Hannover F.E. § 29; Braunschweig F.E. § 1.

[10] Lewis, F. § 6. 110; Stobbe, P.R. § 139, 18.

Digitized by Google

trahenten oder auch für einen Dritten vertragsmäßig bestimmen [11], was in unseren Landesrechten theilweise Anerkennung gefunden hat [12];

b. durch einseitige Disposition. Gemeinrechtlich wird die Möglichkeit der Errichtung eines Fideicommisses durch einseitige Erklärung des Stifters jetzt allgemein angenommen [13], und es ist dieß in einzelnen Landesrechten besonders anerkannt [14];

2. durch letztwillige Verfügung. Diese kann erfolgen:

a. in einem Testament oder Codicill [15]. Die Errichtung in einem Testament kann entweder durch Bestimmung des ganzen Vermögens oder eines quoten Theils desselben (Universalfideicommiß) oder durch Bestimmung einer einzelnen Sache (Particularfideicommiß), zum Fideicommiß geschehen [16]; ferner entweder durch Einsetzung des Testamentserben oder eines Dritten als Fideicommißerbe. Bei Bestimmung einer einzelnen Sache zum Fideicommiß ist die Zuwendung nur als Vermächtniß aufzufassen [17];

b. in einem Erbvertrag. Dieser kann das Fideicommiß für den Vertragserben oder einen Dritten bestimmen, und sich auf das ganze Vermögen oder einen quoten Theil desselben oder eine einzelne Sache erstrecken [18]. Von der Errichtung durch Vertrag unter Lebenden unterscheidet sich die Errichtung durch Erbvertrag darin, daß in dem letzteren Fall die Fideicommißstiftung nicht vor dem Tod des Stifters in das Leben treten kann [19]. Nach mehreren Landesrechten ist die Errichtung von Fideicommissen nur in einer bestimmten Form zuläßig, so nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. durch Testament [20], nach Hannoverischem

---

[11] Beseler, P.R. (4) § 181, 6.

[12] Pr. L.R. II. 4. 28 und 62; I. 12. 632. 633; Bayern F.E. § 17. 18; Braunschweig F.G. § 1. 6; Sachsen-Weimar F.E. § 1; Baden L.R. Art. 577 cc.

[13] Lewis, F. § 6 nach Note 120; Beseler, P.R. (4) § 181. I.

[14] Pr. L.R. I. 4. 28; Hannover F.E. § 36. Nach Bayern F.E. § 31 kann ein Fideicommiß auch durch königliche Dotation errichtet werden.

[15] Lewis, F. § 6. 101; Pr. L.R. II. 4. 28; Bayern F.E. § 17. 18; Braunschweig F.G. § 1. 6; Weimar F.G. § 1; Sachsen B.G.B. § 2527.

[16] Lewis, F. 112.

[17] Lewis, F. § 6 nach Note 104.

[18] Lewis, F. § 6. 111.

[19] Roth, Bayr. C.R. (1) § 221 nach Note 15.

[20] Sachsen B.G.B. § 2527.

Digitized by Google

Recht durch einseitige Erklärung[21], nach Badischen Recht durch Familienvertrag[22]. Bei der Errichtung ist die für das betreffende Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form einzuhalten[23]. Errichtung durch einseitige Disposition des Stifters muß jedenfalls in Urkundenform geschehen[24].

II. Dispositionsbefugniß des Stifters. Jede Fideicommißerrichtung setzt Dispositionsbefugniß des Stifters voraus und zwar sowohl in subjektiver als in objektiver Beziehung. Der Stifter muß daher überhaupt und speciell über die zum Familienfideicommiß bestimmten Objekte in dieser Weise und in dem beabsichtigten Umfang verfügen können. Eine Beschränkung in subjektiver Beziehung ist durch das Pflichttheilsrecht gegeben, gegen dessen Verletzung die benachtheiligten Notherben die allgemeinen Klagen zustehen[25]. Ebenso können durch die Fideicommißerrichtung die bereits bestehenden Rechte der Gläubiger des Stifters nicht beeinträchtigt werden[26]. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Lehengüter[27] und im grundherrlichen Verband

---

[21] Hannover F.E. 1836 § 36.

[22] Baden L.R. Art. 577. c. c.

[23] Lewis, F. § 6. 151; Hessen F.E. Art. 6 setzt Errichtung in einer gerichtlichen oder gerichtlich beglaubigten Urkunde oder in einem schriftlichen Testament voraus. Nach Braunschweig F.E. § 1 muß die Errichtung durch eine zu Protokoll gegebene Erklärung des Stifters oder durch Vertrag in öffentlicher Form oder durch letztwillige mit den gesetzlichen Formen versehene Verfügung geschehen.

[24] Roth, Bayr. C.R. (1) § 221, 13. Ursprünglich war eine Form nicht vorgeschrieben, der Fall formloser Errichtung kam aber wohl nie vor Lewis, F. § 6. 166 folg.

[25] Stobbe, P.R. § 139, 30; Lewis, F. § 5. 46 folg.; Hessen F.G. Art. 14; Bayern F.E. § 18. Besonders geregelt ist dieß Hannover F.G. § 33; Braunschweig F.G. § 2.

[26] Stobbe, P.R. § 139, 31, vgl. unten § 332, 41.

[27] Lewis, F. § 5. 91 folg.; Stobbe, P.R. § 139, 12; Beseler, P.R. § 181, 18; Bayern F.G. § 29; Weimar F.G. § 5. Da wie oben § 329 gezeigt der Lehensverband in den meisten Rechtsgebieten beseitigt ist, so ist die Frage jetzt wenig praktisch. Ueber das Preußische Recht, welches die Verwandlung allodificirter Lehen in Fideicommisse begünstigt vgl. oben § 329, 38. Eine ähnliche Bestimmung findet sich schon Hannover F.G. § 29. Ausgeschlossen war die Fideicommißerrichtung an Lehen in Hessen F.G. Art. 2.

Digitized by Google

stehende Bauerngüter[28] von dem Stifter zur Fideicommißerrichtung verwendet werden können, ist nach den für diese Güterarten geltenden Bestimmungen zu entscheiden.

III. Bestätigung. Gemeinrechtlich ist die Fideicommißerrichtung ein Akt der Privatdisposition, und es ist Bestätigung einer vorgesetzten Behörde nicht erforderlich[29]. Diese ist jedoch in unseren Landesrechten vielfach vorgeschrieben, und zwar ist die Errichtung theils von landesherrlicher Genehmigung[30] theils von gerichtlicher Bestätigung[31] abhängig gemacht. Nach Oesterreichischem Recht muß die Fideicommißerrichtung durch einen Akt der gesetzgebenden Gewalt bestätigt werden[32].

IV. Bedingte Errichtung. Daß der Errichtung eines Familienfideicommisses eine Bedingung sowie ein Anfangstermin und Endtermin beigesetzt werden könne, leidet keinen Zweifel[33]. Für die Beurtheilung des Wesens der Bedingung und der Wirkung des Eintritts derselben gelten die civilrechtlichen Grundsätze[34].

V. Eintragung in das Grundbuch. Die neueren Rechte schreiben bei Immobilien durchgängig die Eintragung der

---

[28] Lewis, F. § 5. 138 folg.; Stobbe, P.R. § 139, 14. Auch dieß ist wenig praktisch mehr, da der gutsherrliche Verband in den meisten Rechtsgebieten beseitigt ist. Ausgeschlossen ist die Fideicommißerrichtung an Erbleihen in Hessen F.G. Art. 2. Auch Pr. L.R. II. 4. 49 hatte die Fideicommißerrichtung an Gütern in gutsherrlichem Verband ausgeschlossen.

[29] Lewis, F. § 6. 179; Stobbe, P.R. § 139, 21.

[30] Braunschweig F.E. § 1. 6; Sachsen-Weimar F.E. § 1; Baden L.R. § 577. a. c; Hannover F.E. § 36, 1; Hessen F.E. Art. 6. Nach Pr. L.R. II. 4. 56 ist landesherrliche Genehmigung für die Errichtung solcher Fideicommisse erforderlich, deren Reinertrag 10,000 Thlr. übersteigt. Nach Sachsen B.G.B. § 2538 ist landesherrliche Genehmigung bei solchen Fideicommissen erforderlich, bei welchen spätere Abänderungen ausgeschlossen sein sollen. Ueber das frühere Sächsische Recht vgl. Lewis, F. § 6. 209 folg.

[31] Pr. L.R. II. 4. 62; Dernburg, Pr. P.R. I. § 375, 9; Lewis, F. § 6. 215; Bayern F.E. § 22. 25; Roth, Bayr. C.R. (1) § 222, 3 folg.; Lewis, F. § 6. 196 folg.

[32] Oesterreich Ges. 13/6 1868; Pfaff und Hofmann, Exkurse II. 213 folg. Vgl. über das frühere Recht Lewis, F. § 6. 205 folg.; Hofmann in Commentar II. 302.

[33] Lewis, F. § 8; Bayern F.E. § 10; Roth, Bayr. C.R. (1) § 222. III.

[34] Lewis, F. § 8, 5 folg.

Digitized by Google

Fideicommißqualität in die Grund- und Hypothekenbücher vor[35], da die Wirksamkeit des Veräußerungsverbots von der Eintragung bedingt ist[36].

VI. Inventarerrichtung. Gemeinrechtlich kann der Stifter bei Errichtung des Fideicommisses selbst ein Inventar errichten, oder dem ersten Besitzer die Errichtung eines solchen vorschreiben[37]. Mehrere Landesrechte schreiben die Inventarerrichtung bei Entstehung des Fideicommisses allgemein vor[38]. Außerdem ist der Besitzer auf Antrag der Anwärter zur Inventarerrichtung verbunden[39].

VII. Eintritt der Unwiderruflichkeit der Stiftung. Die Frage, wann der Stifter als an seine Verfügung gebunden anzusehen sei, ist nach den einzelnen Fällen verschieden zu beantworten. Gemeinrechtlich richtet sich die Widerruflichkeit nach der Natur des zur Errichtung gewählten Rechtsgeschäfts. Bei vertragsmäßiger Errichtung tritt die Unwiderruflichkeit sofort bei Errichtung, bei Errichtung durch letztwillige Verfügung tritt sie mit dem Tod des Stifters ein. Bei Errichtung durch einseitige Verfügung ist, solange dieselbe nicht vollzogen ist[40], einseitige Widerruflichkeit anzunehmen[41]. Die Frage, inwieferne und wie lange nach denjenigen Rechten, welche zur Errichtung eines Fideicommisses einen Akt der Bestätigung voraussetzen, die Widerrufung zulässig sei,

---

[35] Es gilt dieß nach den Gesetzen des Grundbuchsystems Pr. Gr.B.O. § 74; Coburg-Gotha Gr.B.O. § 42; Sondershausen Gr.B.O. § 64; Waldeck E.E.G. § 9; Sachsen B.G.B. § 2530; Altenburg und Reuß j. L. H.O. § 8; Reuß ä. L. H.O. § 9; Meiningen Gr.B.G. § 2; Mecklenburg R.St.B.O. § 2. II. 1; Hessen F.G. Art. 7; Sachsen-Weimar F.E. § 7, sowie nach denen des Hypothekenbuchsystems Bayern F.E. § 30; Mecklenburg R.R.H.O. § 6. Auch Baden L.R. Art. 577. c. c. schreibt Eintragung vor.

[36] Stobbe, P.R. § 139, 19.

[37] Lewis, F. § 9, 1.

[38] Pr. L.R. II. 4. 71; Braunschweig F.G. § 1; Oesterreich A.B.G.B. § 627; Pfaff und Hofmann, Comment. II. 310.

[39] Vgl. unten § 334, 8.

[40] Dieß tritt bei unbetagten Stiftungen jedenfalls durch Uebergabe an den Nachfolger ein. Lewis, F. § 12, 2. Daß wie Lewis, F. § 12, 3 annimmt dieß auch bei unbetagten Stiftungen der Fall sei, deren erster Besitzer der Stifter selbst ist, scheint mir nicht begründet, da hier ein Akt des Vollzugs noch nicht vorliegt, was wenigstens die unten Note 42—45 aufgeführten Gesetze voraussetzen.

[41] Stobbe, P.R. § 139, 27; Pfaff und Hofmann, Comment. II. 313, 3.

Digitized by Google

wird in diesen Rechten verschieden entschieden. Nach Bayrischem [42] Hessischem [43] und Oesterreichischem Recht [44] ist der Widerruf für zuläßig erklärt, solange nicht durch Uebergabe Rechte daran erworben sind. Nach Braunschweigischem Recht kann nach erfolgter Bestätigung die Errichtung nicht widerrufen werden [45]. Der gleiche Grundsatz gilt nach Preußischem Recht [46]; indessen ist es nach diesem bestritten, ob der Stifter bis zu erfolgter Bestätigung die nicht vollzogene Errichtung widerrufen dürfe [47].

III. Rechtsverhältniß der Betheiligten.

§ 333.

1. Recht des Fideicommißbesitzers.

Für das Recht des Fideicommißbesitzers gelten folgende Grundsätze:

I. Rechtliche Natur. Gemeinrechtlich ist es bestritten, wie das Rechtsverhältniß des jeweiligen Fideicommißbesitzers aufzufassen sei, indem die einen demselben nur Nutzeigenthum an dem Fideicommißvermögen zuschreiben [1], während die anderen den

---

[42] Bayern F.E. § 94.

[43] Hessen F.G. Art. 29, 4.

[44] Oesterreich A.B.G.B. § 628. Der Widerruf wird angenommen, wenn dem Stifter ein in dem Fideicommiß nicht begriffener männlicher Erbe geboren wird, vgl. Pfaff und Hofmann, Commentar II. 315.

[45] Braunschweig F.G. § 1, 6.

[46] Es folgt dieß schon aus der auf Familienfideicommisse Anwendung findenden Bestimmung des Pr. L.R. II. 4. 32, die dahin ausgelegt wird, daß mit erfolgter Bestätigung der Stifter an seine Verfügung gebunden ist Förster Eccius § 241, 7; Koch, Note 18 zu Pr. L.R. II. 4. 32.

[47] Für die Bejahung Lewis, F. § 12 nach Note 15, der auch durch die Bestätigung die Widerruflichkeit, wo diese überhaupt begründet ist, für nicht ausgeschlossen hält. Dagegen nimmt Dernburg, Pr. P.R. I. § 375, 12 an, daß die Bestätigung ex tunc wirke, was eine Widerrufung in der Zwischenzeit zwischen der nachgesuchten und erfolgten Bestätigung ausschließen würde.

[1] Diese Meinung war im vorigen Jahrhundert die herrschende, s. die bei Lewis, F. § 13. 21 und Stobbe, P.R. § 140, 1 Citirten. Als Inhaber des dominium directum wurde von älteren Schriftstellern der jeweilige Nachfolger oder der Begründer bzw. der Staat angesehen Lewis, F. § 13, 4. 11. 17; später wurde das Obereigenthum regelmäßig der Familie, nämlich der

Digitized by Google

jedesmaligen Inhaber als Eigenthümer erklären, der durch die Rechte der Anwärter beschränkt sei [2]. Unsere Landesrechte haben theilweise die erstere Meinung adoptirt [3]. Soweit dieß nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist, ist der jedesmalige Fideicommißbesitzer als Eigenthümer anzusehen, welcher durch die den Anwärtern zustehenden eventuellen Successionsrechte beschränkt ist [4].

II. Das Nutzungsrecht. Dieses gestaltet sich in folgender Weise:

1. Der Inhaber hat wie der Eigenthümer Anspruch auf vollständigen Gebrauch und Fruchtgenuß des Fideicommißgutes [5]. Er hat demnach Anspruch auf die regelmäßigen Erträgnisse ländlicher Grundstücke [6], die forstmäßige Nutzung der Waldungen [7], die Erträgnisse der Jagd und Fischerei, soweit sie nach dem jetzt geltenden Recht mit dem Eigenthum verbunden sind [8], sowie den auf dem Fideicommißgut gefundenen Schatz, soweit der Eigenthümer Anspruch darauf hat [9]. Dem Fideicommißinhaber gehören ferner alle Civilfrüchte, welche die Sache trägt [10].

2. Der Inhaber hat die Ausübung der mit dem Fideicommißgut verbundenen Aktivrechte anzusprechen [11].

Gesammtheit der jeweiligen Anwärter zugeschrieben Lewis, F. § 13. 31. Diese construirt für das Oesterreichische Recht Pfaff und Hofmann, Commentar II. 321 als juristische Person.

[2] Dieß ist jetzt die gewöhnliche Meinung, s. die bei Lewis, F. § 13. 41 Citirten und Lewis, F. § 13. 41; Stobbe, P.R. § 140, 2.

[3] Pr. L.R. II. 4. 72; Bayern F.E. § 42. 44; Hessen F.E. § 15; Oesterreich A.B.G.B. § 629.

[4] Lewis, F. § 13. 38 folg. Auf diesem Standpunkt stehen Baden L.R. Art. 577. c. c. und Sachsen B.G.B. § 2514. 2529. Diese Auffassung hat neuerdings auch in dem Preußischen Recht insoferne Anerkennung gefunden, als nach Gr.B.O. § 52 der Fideicommißbesitzer als Eigenthümer eingetragen wird Dernburg, Pr. P.R. I. § 374, 9.

[5] Lewis, F. § 14, 6; Stobbe, P.R. § 140. II; Pr. L.R. II. 4. 72; Bayern F.E. § 44; Hessen F.E. Art. 17; Oesterreich A.B.G.B. § 631.

[6] Lewis, F. § 14, 7.

[7] Lewis, F. § 14, 13.

[8] Lewis, F. § 14, 12.

[9] Lewis, F. § 14. 29; Pr. L.R. I. 9. 95; Sachsen B.G.B. § 2531.

[10] Lewis, F. § 14. 42.

[11] Lewis, F. § 14. 53.

Digitized by Google

3. Der Inhaber hat das Recht das Fideicommißgut zu verpachten, wobei der Nachfolger, der nicht Allodialerbe ist, wenn er nicht consentirt hat, an den Pachtvertrag nicht gebunden ist [12].

III. Pflichten des Fideicommißinhabers. Der Fideicommißinhaber hat die Verpflichtung

1. das Fideicommiß in gehörigem Stand zu erhalten [13]. Er hat daher den gewöhnlichen Unterhalt der Sache zu bestreiten und mäßige Reparaturen auf eigene Kosten vorzunehmen [14], während er bei außerordentlichen Reparaturen Ersatz aus dem Fideicommiß anzusprechen hat [15].

2. Er hat alle auf dem Fideicommiß ruhenden Lasten zu tragen [16], wobei er nur für außerordentliche Lasten Ersatz aus der Substanz anzusprechen hat [17].

3. Er hat die auf die Sache bezüglichen Processe zu führen [18].

4. Der Fideicommißbesitzer darf Aenderungen in der Substanz der Sache, insoweit sie eine Deterioration nicht enthalten, vornehmen, und ist darin namentlich nicht den Beschränkungen unterworfen, denen der Nießbraucher unterliegt [19].

---

[12] Lewis, F. § 14. 44; Stobbe, P.R. § 140, 6. Nach Bayern F.E. § 48 darf der Besitzer auf 9 Jahre, nach Hessen F.E. Art. 17 auf 12 Jahre verpachten.

[13] Lewis, F. § 15, 1; Bayern F.E. § 44; Hessen F.E. Art. 17; Oesterreich A.B.G.B. § 631.

[14] Lewis, F. 211.

[15] Lewis, F. 211. Nach Sachsen B.G.B. § 2533 hat der Inhaber nur solche Reparaturen selbst zu bestreiten, welche der Nießbraucher zu tragen hat.

[16] Lewis, F. § 15, 13; Hessen F.E. Art. 17.

[17] Lewis, F. § 15, 20.

[18] Lewis, F. § 15. 21; Bayern F.E. § 56, 3; Hessen F.E. Art. 17. Nach Pr. L.R. II. 4. 117 hat er die nächsten die Familie vertretenden zwei Anwärter zuzuziehen. Ueber die Frage inwieferne er zum Vergleich legitimirt sei vgl. Lewis, F. § 16, 36. Nach Pr. L.R. II. 4. 119 hat er die nächsten zwei Anwärter zuzuziehen.

[19] Lewis, F. § 14. 71 folg. Nach Oesterreich A.B.G.B. § 633. 634 darf der Fideicommißbesitzer mit Genehmigung der Fideicommißbehörde Theile des Fideicommißgutes vertauschen, in Erbpacht geben und das unbewegliche Fideicommißgut in ein Capital verwandeln Pfaff und Hofmann, Commentar II. 339.

Digitized by Google

IV. Veräußerung. Als allgemeine Regel gilt, daß der Fideicommißinhaber das Fideicommiß weder ganz noch theilweise einseitig veräußern dürfe, soweit nicht für einzelne Fälle gesetzlich eine Ausnahme bestimmt ist. Dieß gilt sowohl gemeinrechtlich[20] als nach den einzelnen Landesrechten[21], sowohl für die Veräußerung der Substanz[22], als für die Belastung mit dinglichen Rechten[23]. Das Veräußerungsverbot trifft jedoch nur alle Arten freiwilliger Veräußerung, nicht aber die Fälle nothwendiger Veräußerung[24]. Ob durch Consens sämmtlicher vorhandener Anwärter eine Veräußerung giltig werde ist gemeinrechtlich bestritten[25]; die neueren Landesrechte sprechen sich für die bejahende Meinung aus[26]. Welche Wirkung die nicht consentirte Veräußerung habe ist bestritten. Es haben sich folgende Meinungen geltend gemacht:

---

[20] Lewis, F. § 16, 3.

[21] Pr. L.R. II. 4. 78; Bayern F.E. § 48; Baden L.R. Art. 577 c. f.; Weimar F.G. § 1. 6; Braunschweig F.G. 1837 § 22 und 1858 § 3; Hannover F.G. § 36; Hessen F.G. Art. 19. 20; Sachsen B.G.B. § 2534; Oesterreich A.B.G.B. § 633.

[22] Lewis, F. § 16 nach Note 24.

[23] Bestellung von Servituten und Reallasten kann durch den Fideicommißinhaber nur für die Dauer seines Rechtes geschehen, mit dessen Aufhören sie erlöschen Lewis, F. § 16, 24. Für die Verpfändung gelten die unten Note 37 folg. hinsichtlich der Verschuldung aufgestellten Grundsätze.

[24] Lewis, F. § 16. 43 folg. Es gilt dieß namentlich für Expropriation und Ablösung Stobbe, P.R. § 140, 13; Roth, Bayr. C.R. (1) § 225, 7 folg.

[25] Für die bejahende Meinung sprechen sich die bei Lewis, F. § 16, 231 Angeführten aus. Dagegen Lewis, F. § 16, 236 f., der von der Voraussetzung ausgeht, daß der Consens der zur Zeit der Veräußerung lebenden Anwärter den aus den Bestimmungen des Stifters abgeleiteten Rechten der damals nicht existirenden Descendenten des ersten Erwerbers nicht präjudiciren könne s. dagegen Roth, Bayr. C.R. (1) § 227, 20.

[26] Die Landesrechte haben verschiedene Voraussetzungen, nämlich landesherrliche Bestätigung Baden L.R. Art. 577 c. f.; Consens sämmtlicher lebender Fideicommißinteressenten und landesherrliche Bestätigung Braunschweig F.G. § 24; Consens sämmtlicher lebender Fideicommißinteressenten und gerichtliche Bestätigung Pr. L.R. II. 4. 78; Bayern F.E. § 49. 50; Oesterreich A.B.G.B. § 633. 634. Nach Hessen F.G. Art. 19. 20 genügt die Einwilligung sämmtlicher existirender Fideicommißinteressenten zur Veräußerung des Fideicommißgutes im ganzen und einzelner Theile, in dem letzteren Fall kann jedoch der Consens der Anwärter gerichtlich supplirt werden. Nach Sachsen B.G.B. § 2535. 2537. 2540 ist Einwilligung sämmtlicher am Leben befindlicher An-

Digitized by Google

1. Nach der einen Ansicht ist die unconsentirte Veräußerung gültig, jedoch nur für die Lebensdauer des Veräußernden wirksam. Mit seinem Tod erlischt das Eigenthum des Erwerbers, und der Fideicommißsuccessor kann das Veräußerte vindiciren [27].

2. Nach einer anderen Ansicht ist die Veräußerung nur bei letztwillig angeordneten Fideicommissen nichtig, bei allen anderen ist sie vollwirksam, und dem Fideicommißsuccessor steht nur eine Klage gegen den Veräußernden und dessen Erben auf das Interesse zu [28].

3. Eine dritte Ansicht erklärt die unconsentirte Veräußerung bei allen Fideicommissen sowohl bei den vertragsmäßig als bei den testamentarisch errichteten den Anwärtern gegenüber für anfechtbar [29].

4. Eine vierte Ansicht geht dahin, daß die unconsentirte Veräußerung bei allen Fideicommissen sowohl bei den vertragsmäßig als bei den testamentarisch errichteten nichtig sei. Die Vertreter dieser Ansicht haben aber insoferne eine verschiedene Stellung, als die einen annehmen, daß auch der Veräußerer selbst die Nichtigkeit geltend machen könne [30], während die anderen nur den Anwärtern nicht dem veräußernden Fideicommißbesitzer selbst

---

wärter und gerichtliche Bestätigung erforderlich; der Consens der Anwärter muß zugleich für ihre Erben abgegeben sein.

[27] Diese Ansicht wird neuerdings vertreten von Salza, F.C. 155. Dem Fideicommißsuccessor wird die Stellung eingeräumt, welche nach l. 2 § 2. 3 Cod. 6. 43 der Legatar bei Veräußerung der legirten Sache durch den Erben hat. S. gegen diese Ansicht Lewis, F. 16. 75.

[28] Vgl. Lewis, F. § 16. 71.

[29] Stobbe, P.R. § 140, 14. Dieß ist Hessen F.G. Art. 22 ausdrücklich ausgesprochen: Jede den Vorschriften des Art. 19—21 entgegen geschehene Veräußerung .... kann von den Betheiligten, welche ihre Einwilligung dazu nicht gegeben haben, angefochten werden. Auf demselben Standpunkt steht Pr. L.R. II. 4. 79, welches wenn eine Veräußerung ohne Familienschluß geschehen ist, dem successionsberechtigten Anwärter das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einräumt Lewis, F. § 16. 125. A. M. Dernburg, Pr. P.R. I. § 378, 3 und Förster Eccius § 242, 43, die auch nach Preußischem Recht für die Anwärter die Revokationsklage als begründet ansehen.

[30] Pfeiffer, Verm. Aufsätze 37—39.

Digitized by Google

das Revokationsrecht gewähren, welche letztere Meinung in unseren Landesrechten angenommen ist[31]. Als berechtigt erscheint der durch den Tod des Veräußernden zur Succession in das Fideicommiß berufene nächste Anwärter[32]. Abweichend davon geben mehrere Gesetze jedem Anwärter ohne Rücksicht darauf, ob er als der nächste Successionsberechtigte erscheint, noch bei Lebzeiten des Veräußerers also vor Eintritt des Successionsfalles das Revokationsrecht[33]. Der Klagestellung des Anwärters steht nicht entgegen, daß der Kläger Descendent[34] oder Allodialerbe[35] des Veräußernden ist; dagegen wird durch Consens zur Veräußerung die Klagestellung ausgeschlossen[36].

IV. Verschuldung[37]. Aus der Unveräußerlichkeit des

---

[31] Dieß ist die gewöhnliche Meinung Lewis, F. § 16. 87; Gerber, P.R. § 84, 12; Beseler, P.R. § 181, 28 die sich darauf gründet, daß der Klage des Veräußerers die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehe Lewis, F. § 16, 87. Auf diesem Standpunkt stehen unsere Landesrechte, indem keines derselben dem Veräußernden selbst ein Revokationsrecht gewährt Lewis, F. § 16, 131, dasselbe ist vielmehr nur den Anwärtern eingeräumt. Ueber das Oesterreichische Recht vgl. Pfaff und Hofmann, Commentar II. 343.

[32] Lewis, F. § 16 nach Note 127; Beseler, P.R. (4) § 181, 28. Dieß ist ausdrücklich ausgesprochen Sachsen B.G.B. § 2534 und Baden L.R. Art. 577. c. h.

[33] Dieß ist die Stellung des Bayrischen Rechts F.E. § 32; Lewis, F. § 16, 129 und des Hessischen F.G. Art. 22. Wenn der Kläger mit der Klage durchdringt so wird, wenn derselbe nicht der nächste Successor und der Successionsfall noch nicht gegeben ist, die Sache wieder zum Fideicommiß geschlagen Lewis, F. § 16 nach Note 130.

[34] Von manchen wird in Anlehnung an die lehenrechtlichen Grundsätze dem Descendenten des Veräußernden das Anfechtungsrecht abgesprochen; s. dagegen Lewis, F. § 16. 153; Dernburg, Pr. P.R. I. § 378, 4.

[35] Ob der Allodialerbe zur Anfechtung der von seinem Erblasser vorgenommenen unconsentirten Veräußerung befugt sei ist bestritten. Für die Zulässigkeit Salza, F.E. 155, 11; Mittermair, P.R. § 158, 44; Beseler, P.R. (4) § 181, 37, und für das Preußische Recht Dernburg, Pr. P.R. I. § 378, 5; gegen dieselbe Eichhorn, P.R. § 371 d; Lewis, F. § 16, 166 folg. Der letzteren Ansicht schließt sich an Sachsen B.G.B. § 2534.

[36] Vgl. oben Note 26. Nach Sachsen B.G.B. § 2537 ist dieß nur dann der Fall, wenn der Consentirende den Consens zugleich im Namen seiner Erben ertheilt hat.

[37] Ueber Fideicommißschulden vgl. Lewis F. § 17 und die dort angeführte Literatur, dann Pfaff und Hofmann, Exkurse II. 253. 275.

Digitized by Google

Fideicommisses folgt von selbst, daß dasselbe von dem Fideicommißinhaber einseitig nicht verschuldet werden kann[38]. Daher steht demselben in der Regel das Recht der Verpfändung durch einseitige Verfügung nicht zu, und es gilt der allgemeine Grundsatz, daß die Substanz des Fideicommisses für die Schulden des Fideicommißinhabers nicht in Anspruch genommen werden kann, die Gläubiger vielmehr nur an die Früchte des Fideicommisses, soweit sie dem Schuldner zukommen, sich halten können[39]. Hiervon ist gemeinrechtlich eine Ausnahme begründet für solche Schulden, zu deren Aufnahme die Anwärter ihre Einwilligung gegeben haben[40]. Außerdem haftet das Fideicommißobjekt subsidiär für alle Schulden des Stifters[41], sowie für alle diejenigen, welche der Stifter auf das Fideicommißobjekt gelegt hat[42], dann für solche Schulden, welche der Fideicommißinhaber zur Bestreitung von Ausgaben, die zur Erhaltung des Fideicommißobjekts nothwendig sind, contrahirt und als Fideicommißschulden constituirt hat[43]. Hievon weichen unsere Landesrechte in folgender Weise ab:

1. Nach den Rechten von Sachsen[44] und Hessen[45] haben nur Schulden des Stifters und die von sämmtlichen Anwärtern consentirten Schulden die Eigenschaft von Fideicommißschulden.

---

[38] Lewis, F. § 17, 1; Beseler, P.R. (4) § 181, 25. Die Verpfändung als eine Art der Veräußerung fällt unter die Regeln der letzteren.

[39] Stobbe, P.R. § 140, 23b; Bayern F.E. § 53; Pr. L.R. II. 4. 224; Hannover F.G. § 35.

[40] Stobbe, P.R. § 140, 37. A. M. Lewis, F. § 17. 30 folg.

[41] Lewis, F. § 17, 3 folg.

[42] Stobbe, P.R. § 140, 25.

[43] Stobbe, P.R. § 140, 26; Lewis § 17, 30.

[44] Nach Sächsischem Recht haftet das Fideicommißobjekt für die Schulden des Stifters mit dem übrigen Vermögen; eine Beschränkung der Haftung auf das erstere würde nur mit Zustimmung der Gläubiger verfügt werden können Freiesleben, Anwartschaft 151. Das Sächsische Recht kennt außerdem nur consentirte Fideicommißschulden; die ausschließliche Haftung mit dem Fideicommißobjekt setzt auch bei diesen Einwilligung der Gläubiger voraus Sachsen B.G.B. § 2533; Freiesleben, Anwartschaft 159.

[45] Nach Hessen F.G. Art. 9. 10. 12 haben die Gläubiger des Stifters ein Widerspruchsrecht gegen die Fideicommißerrichtung, und zwar die hypothekarischen Gläubiger ein absolutes, die chirographarischen Gläubiger bei Insufficienz des übrigen Vermögens. Zur Verschuldung des ganzen Fideicommisses ist nach Art. 19 Zustimmung sämmtlicher Agnaten erforderlich.

Digitized by Google

2. Nach den Rechten von Braunschweig[46] und Hannover[47] kommt die Eigenschaft als Fideicommißschuld nur den Schulden des Stifters und den landesherrlich genehmigten vom Fideicommißinhaber constituirten Schulden zu.

3. Nach Preußischem und Bayrischem Recht werden Fideicommißschulden I. und II. Classe unterschieden. Für die ersteren haftet die Substanz des Fideicommißobjekts, so daß dieses dem Zwangsverkauf unterstellt werden kann[48], für die letzteren nur die Einkünfte[49]. Fideicommißschulden I. Classe sind nach Preußischem Landrecht die von dem Stifter auf das Fideicommiß gelegten und diejenigen Schulden, die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können[50], dann diejenigen Schulden, welche auf Grund eines Familienschlusses zur Wiederherstellung eines ruinirten Fideicommisses aufgenommen werden[51]. Fideicommißschulden II. Classe sind diejenigen Schulden, die mit Zustimmung der zwei nächsten Anwärter zur Bestreitung von nothwendigen, nicht zu den gewöhnlichen Lasten des Fideicommisses gehörigen

---

[46] Nach Braunschweig F.G. 1858 § 3. 6 werden die zur Zeit der Errichtung vorhandenen Schulden des Stifters von der Fideicommißerrichtung nicht berührt. Von dem Fideicommißbesitzer contrahirte Schulden erhalten die Eigenschaft von Fideicommißschulden nur, wenn sie mit landesherrlicher Genehmigung und in Ermanglung eigner Descendenten mit Genehmigung des nächsten Agnaten zur Erhaltung oder nachhaltigen Verbesserung des Stammgutes oder zur Abtragung des Pflichttheils der Notherben des Stifters contrahirt werden F.G. § 3.

[47] Nach Hannover G. 1836 § 35, 1 erhalten Schulden des Stifters die Eigenschaft von Fideicommißschulden nur, wenn ihre Abtragung in bestimmten Zeiträumen gesichert ist, und dem Besitzer ein reines Einkommen von 1800 Mark verbleibt. Der Fideicommißbesitzer kann eine Fideicommißschuld mit Genehmigung des Ministeriums nur aufnehmen, wenn die Erhaltung der Majoratsgüter einen außerordentlichen Aufwand erfordert.

[48] Pr. L.R. II. 4. 110; Förster Eccius § 242, 71; Dernburg, Pr. P.R. I. § 378, 11. Nach Bayern F.E. § 54 haften die Fideicommißschulden I. Classe sowohl auf der Substanz als auf den Früchten des Fideicommisses. Nach Pr. L.R. II. 4. 104 haftet nur die Substanz.

[49] Pr. L.R. II. 4. 109; Bayern F.E. § 54.

[50] Pr. L.R. II. 4. 104.

[51] Pr. L.R. II. 4. 114. Der Familienschluß zur Contrahirung einer Fideicommißschuld I. Classe muß einstimmig gefaßt werden Förster Eccius § 242, 78.

Digitized by Google

Ausgaben aufgenommen werden[52]. Nach Bayrischem Recht sind Fideicommißschulden I. Classe die bei Errichtung des Fideicommisses auf der Substanz bereits haftenden und von dem Stifter darauf angewiesenen Forderungen, Verwendungen für den Ankauf eines dem Fideicommiß einverleibten Gutes, der Betrag der Proceßkosten für die die Substanz des Fideicommisses betreffenden Rechtsstreite und der für das Fideicommiß erlegten feindlichen Contributionen, der Betrag für die Herstellung nothwendiger oder nützlicher Gebäude und für Abtragung von Fideicommißschulden I. Classe[53]. Die Errichtung einer Fideicommißschuld I. Classe setzt Genehmigung des competenten Fideicommißgerichts voraus[54]. Fideicommißschulden II. Classe sind alle Forderungen an den Stifter, welche sich nicht zur Eintragung als Fideicommißschulden I. Classe eignen und nicht aus seinem Allodialvermögen gedeckt werden können[55], dann alle durch Krankheit, Aufwand für Versorgung mehrerer Kinder, Unglücksfälle in der Oekonomie oder schwere Kriegslasten verursachten außerordentlichen Ausgaben, die weder aus den Früchten des Fideicommisses noch aus dem Allodialvermögen des Fideicommißinhabers bestritten werden können[56]. Fideicommißschulden II. Classe dürfen nur errichtet werden, wenn ein Fideicommißüberschuß vorhanden ist und dieser nicht über ein Drittel dadurch beschwert wird. Die Errichtung setzt Zustimmung des Fideicommißnachfolgers, der Anwärter, des Fideicommißvertreters und Genehmigung des Fideicommißgerichts voraus[57]. Für jede Fideicommißschuld muß ein Schuldentilgungsplan vorgelegt, und es muß dieselbe in die Fideicommißmatrikel eingetragen werden[58].

4. Nach Badischem Recht haften die für Abfertigung der von der Erbfolge ausgeschlossenen Descendenten des Stifters, dann für Erhaltung des Stammgutes und die mit Regentenamtlicher

---

[52] Pr. L.R. II. 4. 81—86; Dernburg, Pr. P.R. I. § 378, 12.

[53] F.E. § 39. 56.

[54] F.E. § 57. Das Fideicommißgericht hat eine Untersuchung darüber anzustellen ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden seien, und in zweifelhaften Fällen die Anwärter zu vernehmen.

[55] F.E. § 39.

[56] F.E. § 60.

[57] F.E. § 61.

[58] F.E. § 57. 69.

Digitized by Google

Nachsichtsbewilligung contrahirten Schulden auf den Früchten des Stammgutes[59].

5. Nach Oesterreichischem Recht kann der Besitzer mit gerichtlicher Genehmigung das Fideicommiß bis zu einem Drittel des Werthes verschulden[60]. Zur Verschuldung über ein Drittel des Werthes ist Genehmigung des obersten Gerichtshofes erforderlich, der sie erst nach Anhörung sämmtlicher bekannter Anwärter und der Fideicommißcuratoren zu ertheilen hat[61]. Die Zahlung der Fideicommißschuld kann nur aus den Einkünften nicht aus dem Stammgut beigetrieben werden[62].

---

§ 334.

2. Rechtsverhältniß der Anwärter.

Für das rechtliche Verhältniß der Anwärter gelten folgende Grundsätze:

I. Bestimmung der Eigenschaft. Die Eigenschaft als Anwärter ist gegeben für alle diejenigen, welche nach der in der Stiftung oder gesetzlich bestimmten Successionsordnung[1] als zur Succession berufen erscheinen. Das Recht des Anwärters ist mit der Geburt gegeben, und erlischt nur mit Aufhören der Successionsfähigkeit oder Verzicht[2].

II. Natur des Rechtes. Diese ist verschieden zu construiren, jenachdem das Recht des Fideicommißbesitzers als beschränktes Eigenthum aufgefaßt wird oder nicht. Wo das erstere der Fall ist[3], sind die Rechte der Anwärter als eventuelle Suc-

---

[59] Baden L.R. Art. 579. c. p. c. q.

[60] A.B.G.B. § 635. Vgl. Pfaff und Hofmann, Commentar II. 347, und Exkurse II. 253 folg.

[61] Ges. 13/6 1863 § 3.

[62] A.B.G.B. § 642.

[1] Vgl. oben § 330, 14. 15.

[2] Die nähere Darstellung wird im Erbrecht gegeben werden. Nach Pr. L.R. II. 4. 65—68 müssen die einzelnen Anwärter im Hypothekenbuch verzeichnet werden.

[3] Vgl. oben § 333, 2.

Digitized by Google

cessionsrechte zu bezeichnen[4]. Wo dagegen dem Fideicommißbesitzer nur ein Nutzungsrecht an den Fideicommißobjekten zusteht[5], sind die Anwärter in ihrer Gesammtheit als Inhaber des Obereigenthums anzusehen[6]. Materiell bewirkt die Verschiedenheit der Construktion keine Verschiedenheit in dem Recht der Anwärter.

III. Befugnisse der Anwärter. Den Anwärtern steht das Recht zu:

A. Für Erhaltung des Fideicommisses die erforderlichen Maßregeln zu beantragen. Als solche finden sich:

1. Inventarerrichtung. Wo die Inventarerrichtung nicht als Bestandtheil des Errichtungsaktes speciell vorgeschrieben oder durch den Stifter angeordnet ist[7], kann sie von den Anwärtern jederzeit beantragt werden[8].

2. Cautionsleistung. Gemeinrechtlich wird von Manchen angenommen, daß dem Fideicommißbesitzer die Verpflichtung obliege, auf Verlangen der Anwärter Caution zu leisten[9]. Unsere Landesrechte enthalten keine darauf bezügliche Bestimmung[10].

3. Ueberwachung. Den Anwärtern steht das Recht zu, Maßregeln zu beantragen, welche für die Erhaltung des Fideicommisses in gehörigem Stand erforderlich scheinen. Es gehören dahin namentlich Vinkulirung und Deposition der zum Fideicommiß gehörigen Schuldscheine[11], Anrufung gerichtlicher Hülfe gegen den Fideicommißbesitzer, der durch üble Verwaltung den Bestand des Fideicommisses gefährdet[12], oder die ihm durch die Stiftung auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt[13], Antrag auf Sequestration[14].

4. Bestellung eines Curators. Der Stifter kann die Be-

---

[4] Roth, Bayr. C.R. (1) § 227, 6.

[5] Vgl. oben § 333, 1.

[6] Vgl. oben § 333, 3.

[7] Vgl. oben § 332, 38.

[8] Lewis, F. § 9. 18; Bayern F.E. § 43, 1; Sachsen B.G.B. § 2532.

[9] Lewis, F. § 10.

[10] Nur Sachsen B.G.B. § 2532 erwähnt die Cautionsleistung und bestimmt, daß der Inhaber nicht dazu verpflichtet sei.

[11] Bayern F.E. § 43.

[12] Bayern F.E. § 71; Hessen F.E. Art. 16; Sachsen B.G.B. § 613.

[13] Bayern F.E. § 72.

[14] Bayern F.E. § 71; Braunschweig F.E. § 7.

Digitized by Google

stellung eines Curators anordnen, welchem die Pflicht obliegt, für die Erhaltung des Fideicommisses Sorge zu tragen [15]. Die Bestellung desselben, sowie die Bestimmung seiner Competenz hängt allein von den Anordnungen des Stifters ab [16]. Ist eine derartige Bestimmung nicht getroffen, so haben die Anwärter nicht das Recht, im Fall des Bedürfnisses die Bestellung eines Curators zur Wahrung ihrer Interessen zu beantragen [17].

B. Für alle Handlungen, welche eine Veräußerung oder Belastung des Fideicommißobjektes enthalten, hat der Fideicommißbesitzer die Zustimmung der Anwärter einzuholen [18].

C. Der Anwärter hat das Recht der Succession in das Fideicommiß nach der für dieses bestimmten oder geltenden Successionsordnung [19].

---

§ 335.

IV. Aufhebung.

Die Aufhebung des Familienfideicommisses tritt in folgenden Fällen ein:

I. Ist die Errichtung eines Familienfideicommisses unter einer Resolutivbedingung erfolgt, so tritt mit Eintritt derselben die Auflösung ein [1].

II. Ist ein Familienfideicommiß auf bestimmte Zeit errichtet, so tritt mit Ablauf derselben die Auflösung von selbst ein [2].

III. Mit gänzlichem Untergang des Objektes hört das Familienfideicommiß auf [3].

---

[15] Lewis, F. § 11, 1. Ausdrücklich erwähnt ist die Zulässigkeit Bayern F.E. § 51; Weimar, F.E. § 3.

[16] Lewis, F. § 11, 2 folg.

[17] Nur Oesterreich A.B.G.B. § 630 spricht ihnen dieses Recht zu. Gemeinrechtlich wird ein solches nicht anerkannt Lewis, F. § 11 vor Note 5.

[18] Vgl. oben § 333. III. IV. Dem Preußischen Recht eigenthümlich ist das Institut der Familienschlüsse, deren Voraussetzungen durch das Ges. 15/2 1840 geregelt sind. Vgl. darüber Förster Eccius § 242, 46 folg.

[19] Die nähere Darstellung wird im Erbrecht gegeben werden.

[1] Lewis, F. § 8 nach Note 3.

[2] Lewis, F. § 24, 32.

[3] Lewis § 24, 15; Bayern F.E. § 93, 1; Oesterreich A.B.G.B. § 645.

Digitized by Google

IV. Ist kein durch die Stiftung zur Succession berufener Anwärter mehr vorhanden, so verwandelt sich das Fideicommiß mit dem Tod des letzten Anwärters, insoferne der Stifter nicht für diesen Fall Anordnungen getroffen hat[4], in Allod. Der letzte Besitzer kann für seinen Todesfall darüber letztwillig verfügen, und es tritt, wenn er dieß unterläßt, mit seinem Tod die Intestaterbfolge ein[5].

V. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob ein Familienfideicommiß durch Familienschluß d. h. durch übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher berechtigter Anwärter aufgelöst werden könne[6]. Unsere Landesrechte stehen auf dem Standpunkt der die Frage bejaht, und zwar in folgender Weise:

1. ein Theil der Landesrechte hat als Voraussetzung die Einwilligung sämmtlicher zur Zeit des Familienschlusses vorhandener Anwärter. Dieß ist die Stellung des Preußischen Landrechts[7], des Sächsischen B.G.B.[8], des Badischen Landrechts[9] und

---

[4] Bei der Errichtung des Fideicommisses kann der Stifter für den Fall des Aussterbens der instituirten Familie eine andere substituiren Lewis, F. § 24, 2; Bayern F.E. § 99.

[5] Pr. L.R. II. 4. 189; Bayern F.E. § 93 Nr. 5 und § 99; Sachsen B.G.B. § 2540; Braunschweig F.E. § 8 Nr. 1; Hessen F.E. Art. 29 Nr. 2; Oesterreich A.B.G.B. § 645. Nach Baden L.R. Art. 577. c. u. ist unter Ausschließung der Verfügungsbefugniß des letzten Inhabers der Uebergang auf die weiblichen Familienmitglieder besonders geregelt.

[6] Für die Bejahung sprechen sich aus: Maurenbrecher, P.R. § 217, 22; Gengler, Lehrbuch 240, 34; Reyscher, P.R. § 678, 12; gegen dieselbe Lewis, F. § 24, nach Note 8; Gerber, P.R. § 85, 18; Beseler, P.R. § 181. VII; Stobbe, P.R. § 140. VII.

[7] Das Gesetzbuch enthält keine Bestimmung. Das Edikt 9/10 1807 § 9 und Ges. 15/2 1840 § 1 läßt jedoch die Aufhebung einer Fideicommißstiftung durch Familienschluß zu, und die Praxis hat die Zulässigkeit anerkannt Lewis, F. § 24, 95 folg.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 376 Nr. 1. Den gleichen Grundsatz spricht Anhalt Ges. 17/4 1870 § 2 aus.

[8] Nach Sachsen B.G.B. § 2539 ist die Aufhebung, wenn nicht durch den Stifter mit landesherrlicher Genehmigung etwas anderes bestimmt ist, mit Einwilligung sämmtlicher am Leben befindlicher Anwärter gestattet. Es galt dieß schon nach gemeinem Sächsischem Recht Decis. X von 1746; Lewis, F. § 24, 90.

[9] Baden L.R. Art. 577. c. s; Lewis, F. § 24, 96.

Digitized by Google

der Rechte von Hessen [10] und Braunschweig [11]. Nach Bayrischem [12] und Oesterreichischem Recht [13] wird außerdem ein Curator für die Nachkommenschaft zugezogen.

2. Mehrere Rechte machen die Zulässigkeit von dem Vorhandensein gewisser gesetzlich bestimmter Voraussetzungen abhängig. Nach Bayrischem Recht ist die Auflösung nur zulässig, wenn der Familie dadurch ein ausgezeichneter oder fortdauernder Nutzen zugeht, oder wenn solche gebietende Umstände eintreten, welche die Auflösung des Fideicommisses nothwendig machen [14]. Nach dem Recht des Sächsischen B.G.B. ist die Auflösung durch Familienschluß nur zulässig bei Fideicommissen, welche bereits in die dritte Hand gekommen sind, und wenn nicht von Seiten des Stifters mit Genehmigung des Landesherrn das Gegentheil bestimmt ist [15]. Nach Oesterreichischem Recht ist die Auflösung nur zulässig, wenn keine zum Fideicommiß berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist [16].

3. Nach Badischem [17] und Braunschweigischem Recht [18] setzt die Auflösung landesherrliche nach Bayrischem, Sächsischem und Anhaltischem Recht [19] gerichtliche Genehmigung des Familienschlusses voraus.

VI. Nach Bayrischem [20] und Braunschweigischem Recht [21] hört

---

[10] Hessen F.G. Art. 29.

[11] Braunschweig F.G. § 8, 4.

[12] Bayern F.E. § 97, 3; Lewis, F. § 24, 94; Roth, Bayr. C.R. (1) § 236, 13.

[13] Oesterreich A.B.G.B. § 644; Lewis F. § 24, 99.

[14] Bayern F.E. § 97; Lewis, F. § 24, 91.

[15] Sachsen B.G.B. § 2539; Lewis, F. § 24, 91.

[16] Oesterreich A.B.G.B. § 644; Lewis, F. § 24, 99.

[17] Baden L.R. Art. 577. c. s.

[18] Braunschweig F.G. § 8, 4.

[19] Bayern F.E. § 97; Roth, Bayr. C.R. (1) § 236, 14; Sachsen B.G.B. § 2541; Anhalt Ges. 17/4 1870 § 7.

[20] F.E. § 93, 3. Dieß tritt ein, wenn die Verminderung durch Schuld des Besitzers herbeigeführt ist, wobei die Anwärter jedoch die Bestellung einer Administration zum Behuf der Ergänzung verlangen können. Ist dieß nicht der Fall, so tritt die Aufhebung nur ein, wenn nicht der Besitzer und die Anwärter zusammen oder einer von ihnen die Ergänzung übernimmt, wozu ihnen eine Frist von einem Jahr gestattet ist F.E. § 96.

[21] Braunschweig F.G. § 8.

Digitized by Google

das Fideicommiß zu bestehen auf, wenn das Grundvermögen unter den zur Errichtung erforderlichen Betrag vermindert wird.

VII. Nach denjenigen Rechten, welche bei Verschuldung den Zwangsverkauf des Fideicommisses zulassen[22], ist dieser Veranlassung der Auflösung[23]. Nach Badischem Recht hat die Veräußerung außer der Familie die gleiche Wirkung[24].

Caput 5.

Das bäuerliche Güterrecht[1].

§ 336.

Noch in größerem Umfang als das Lehenrecht hat das besondere bäuerliche Güterrecht seine Bedeutung für das Recht der Gegenwart verloren. In großen Rechtsgebieten ist es ganz beseitigt, und unter Aufhebung der darauf bezüglichen Rechtsverhältnisse deren Neubegründung verboten; in anderen ist dasselbe wesentlich umgestaltet, indem die einseitige Ablösbarkeit anerkannt und die Neuconstituirung entweder ganz verboten, oder doch nur unter ausdrücklichem Vorbehalt der einseitigen Ablösbarkeit gestattet ist, und nur in wenigen kleinen Rechtsgebieten ist das frühere Recht unverändert erhalten[2]. Was früher Regel war ist also jetzt Ausnahme. Wo nicht der Grundsatz zur Geltung gelangt ist, daß bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks nur Uebertragung zu vollem Eigenthum zuläßig sei, ist das frühere Recht doch

---

[22] Vgl. oben § 333, 48.

[23] Lewis, F. § 24, 26; Förster Eccius § 242, 138; Braunschweig F.E. § 8, 3; Hessen F.G. Art. 29.

[24] Baden L.R. Art. 577. c. s.

[1] S. die Literatur bei Stobbe, P.R. § 130. Ueber das bäuerliche Güterrecht vgl. Eichhorn, P.R. § 255—264; Gerber, P.R. § 138—143; Beseler, P.R. (4) § 188—190; Stobbe, P.R. § 131—133.

[2] Es sind dieß wie unten Note 38 angeführt beide Mecklenburg, Sachsen-Altenburg, Reuß j. L. und Stadt Lübeck, Rechtsgebiete, die nach der Zählung von 1880 einen Bevölkerungsstand von 996,000 Einwohnern haben, so daß also das frühere Recht nur in einem kleinen Theil des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets erhalten ist.

Digitized by Google

dahin abgeschwächt, daß die Nutzungsrechte, welche bisher durch Uebereinkunft der Interessenten mit unbeschränkter Dauer constituirt werden konnten, fortan nur als einseitig ablöslich begründet werden können, wodurch sie von vorneherein ihre juristische Natur gewechselt haben[2a]. Es könnte deßhalb bezweifelt werden, ob die bäuerlichen Nutzungsrechte des früheren Rechts in einer Darstellung des gegenwärtig geltenden Rechts überhaupt noch Platz zu finden haben; allein Veranlassung zu einer kurzen Darstellung gibt nicht nur der Umstand, daß vereinzelt solche Nutzungsrechte noch unverändert erhalten sind, sondern auch die Nothwendigkeit den gegenwärtigen Rechtszustand zu constatiren, da vor Allem festgestellt werden muß, ob diejenigen bäuerlichen Nutzungsrechte, welche gemeinrechtlich oder nach allgemeiner Gewohnheit in dem gemeinrechtlichen Rechtsgebiet früher begründet waren, auch jetzt noch als dem geltenden Recht angehörend angesehen werden können. Der Uebersicht des gegenwärtigen Rechts sende ich eine solche des früheren Rechts in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts, dann des Preußischen und Oesterreichischen Rechts voraus.

A. Rechtsgebiet des gemeinen Rechts[3].

Hier fanden sich nur zwei Formen, die als gemeinrechtlich bezeichnet werden können, die Emphyteusis[4] und das Bauernlehen

---

[2a] Bäuerliche Nutzungsrechte, bei welchen die einseitige Ablösbarkeit durch den Nutzungsberechtigten gegeben ist, unterscheiden sich von den bäuerlichen Nutzungsrechten des früheren Rechts darin, daß dem Nutzungsberechtigten die Befugniß zusteht, das Nutzungsrecht in jedem Augenblick in freies Eigenthum zu verwandeln, während nach früherem Recht Ablösung auf einseitigen Antrag des Nutzungsberechtigten nicht zulässig war. Nutzungsrechte, welche der Nutzungsberechtigte durch seine Erklärung, daß er ablösen wolle, in Eigenthum verwandeln kann, sind also als im beschränkten Eigenthum des Nutzungsberechtigten stehend zu bezeichnen, und es ist daraus zu erklären, daß nach den Rechten, welche die ablöslichen Nutzungsrechte bei Bestand erhalten haben, der Nutzeigenthümer als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen wird, unten Note 9a.

[3] Es ist hiezu auch das Königreich Sachsen zu rechnen, da die früher hier bestandenen bäuerlichen Nutzungsrechte, die nur ganz vereinzelt noch erhalten sind, aus der Zeit vor Erlaß des B.G.B. stammen. In diesem selbst sind sie nicht berücksichtigt, aber in dem E.G. 2/1 1863 sind die Bestimmungen über den Erbpacht und die Erbzinsgüter, soweit solche damals noch vorhanden waren, als fortbestehend erklärt.

Digitized by Google

(feudastrum)[5]. Die anderen Arten der bäuerlichen Güterrechte hatten sich nur örtlich ausgebildet, und unterschieden sich nicht nur in den Benennungen, welche die mannigfachste Abwechslung zeigen, sondern auch in dem Inhalt des Rechts. Es ist dieß dadurch erklärlich, daß die Ueberlassung regelmäßig auf Verträgen beruhte, deren Gestaltung nur in einzelnen Gegenden durch Herkommen oder gesetzliche Bestimmung geregelt war. In der Hauptsache unterscheiden sich die bäuerlichen Nutzungsrechte des Deutschen Rechts, je nachdem sie erblich oder nicht erblich verliehen sind.

I. Die erbliche Leihe. Die erbliche Leihe ist diejenige, bei welcher der erbliche Uebergang auf den Nachfolger in dem Rechtsverhältniß selbst gegeben ist, oder bei welcher der Nachfolger einen Rechtsanspruch auf Wiederverleihung von Seite des Gutsherrn hat[6]. Die für dieselbe geltenden allgemeinen Grundsätze sind folgende:

1. Das Rechtsverhältniß. Ueber das zu Grund liegende Rechtsverhältniß sind die Meinungen getheilt, indem die einen die erbliche Leihe nur als dingliches Recht an dem Eigenthum des Gutsherrn ansehen[7], während die anderen Theilung des Eigenthums annehmen[8]. Nach den Landesrechten, nach welchen einzelne bäuerliche Nutzungsrechte in ihrer ursprünglichen Gestalt erhalten sind, wird das Rechtsverhältniß als dominium utile aufgefaßt, und regelmäßig das Grundbuchfolium dem Nutzeigenthü-

---

[4] Daß diese in ihrer ursprünglichen Gestalt sich nur vereinzelt und zuletzt gar nicht mehr fand, wird allgemein angenommen Gengler, P.R. § 100, 2; Gerber, P.R. § 139, 3. Jedenfalls war bis zum Erlaß der Ablösungsgesetze in dem gemeinrechtlichen Rechtsgebiet die Möglichkeit der Begründung von Emphyteusen nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts gegeben. Jetzt hat dieses Institut gesetzliche Geltung nur in dem kleinsten Theil des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets, dessen Bestandtheile oben Note 2 aufgeführt sind.

[5] Vgl. Eichhorn, P.R. § 258; Gerber, P.R. § 139, 1; Beseler, P.R. (4) § 189, 8. 10.

[6] Zu den erblichen Colonaten wurden auch diejenigen gerechnet, bei welchen die Verleihung zwar nur auf bestimmte Jahre oder auf Lebenszeit erfolgte, wobei jedoch der Gutsherr zur Wiederverleihung verpflichtet war Stobbe, P.R. § 133, 1.

[7] Gerber, P.R. § 140, 7; Stobbe, P.R. § 132, 10.

[8] Beseler, P.R. (4) § 190. I.

Digitized by Google

mer eröffnet[9]. Das Gleiche ist der Fall nach denjenigen Gesetzen, nach welchen nur ablösbare Nutzungsrechte erhalten sind[9a].

2. Das Nutzungsrecht. Dem Nutzungsberechtigten steht, insoferne nicht durch Vertrag oder Herkommen besondere Beschränkungen bestimmt sind[10], das Nutzungsrecht im weitesten Umfang zu[11], und er ist auch zu Culturveränderungen berechtigt[12]. Dabei steht ihm die processualische Vertretung zu[13]. Er hat die Pflicht, das Objekt in baulichem Stand zu erhalten, und hat alle Lasten zu tragen[14]. Auflegung von Servituten ist wenigstens für die Dauer seines Rechts für zuläßig zu halten[15].

3. Recht der Veräußerung. Ursprünglich war jede Veräußerung an die Zustimmung des Herrn gebunden, die dieser auch versagen konnte[16]; vielfältig wurde aber für einzelne Güter-

---

[9] Dieß ist bestimmt in dem k. Sächsischen H.G. 1843 § 16, 6, was nach Altenburg H.O. § 13, 6; Reuß j. L. H.O. § 13, 6 und Reuß ä. L. H.O. § 15, 6 noch gilt. Nach Weimar A.G. zum Pf.G. 1839 wird bei Erbpachten und Laßgütern das Folium für den Nutzeigenthümer eröffnet (§ 42), und das Recht des Obereigenthümers als Beschränkung eingetragen (§ 71). Nach Meiningen Instruktion 15/8 1872 wird der Nutzungsberechtigte als Eigenthümer (§ 18) und das Nutzungsrecht als Eigenthumsbeschränkung eingetragen (§ 24). Das Gleiche gilt nach Mecklenburg R.St.B.O. § 6.

[9a] Dieß ist der Fall nach den mit den Preußischen Grundbuchgesetzen zusammenhängenden Gesetzen, soweit nach dem betreffenden Landesrecht ablösliche bäuerliche Nutzungsrechte neu begründet werden können oder noch vorhanden sind. Es gehören dahin Hannover E.G. zum E.E.G. § 7; Oldenburg E.E.G. § 1; Braunschweig E.E.G. § 71; Detmold E.E.G. § 1; Schaumburg E.E.G. § 1; Waldeck E.G. § 3. Die gleiche Bestimmung hat Anhalt Gr.B.G. § 13.

[10] Dieß war häufig der Fall hinsichtlich der Waldnutzung Beseler, P.R. (4) § 190, 17.

[11] Stobbe, P.R. § 132, 11; Beseler, P.R. (4) § 190. IV. Das Nutzungsrecht ist dem des Vasallen analog zu beurtheilen Gerber, P.R. § 140, 9. Verpachtung des Gutes ist nicht an sich für unzuläßig zu halten Gerber, P.R. § 140, 14.

[12] Gerber, P.R. § 140, 10; Stobbe, P.R. § 132, 13.

[13] Gerber, P.R. § 140, 11; Stobbe, P.R. § 132 Nr. 6.

[14] Gerber, P.R. § 140, 18; Stobbe, P.R. § 132, 12; Beseler, P.R. (4) § 190. V.

[15] Stobbe, P.R. § 132, 14; vgl. oben § 268, 12.

[16] Gerber, P.R. § 140, 13; Stobbe, P.R. § 132, 22. Die Nothwendigkeit des Consenses zu Veräußerungen bildete das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal der Erbleihe und der Emphyteuse.

Digitized by Google

arten die freie Veräußerlichkeit gewöhnlich[17], und unter dem Einfluß des römischen Rechts verwandelte sich mehrfach das Consensrecht in ein Vorkaufsrecht[18]. Nach neuerem Recht ist die Beschränkung der Veräußerung soweit sie sich erhalten hat, nur anwendbar bei solchen Nutzungsrechten, die der einseitigen Ablösung von Seite des Berechtigten nicht unterworfen sind[19], denn gegenüber dem Berechtigten, dem das Recht der einseitigen Ablösung zusteht[20], kann das Veräußerungsverbot, auch wenn es nicht ausdrücklich aufgehoben ist[21], mit Wirksamkeit nicht geltend gemacht werden, da er sowohl als sein Singularsuccessor die Wirkung der Beschränkung durch das Verlangen der Ablösung beseitigen kann. Die Beschränkung der Veräußerung ist daher in dem geltenden Recht sehr reducirt[22].

4. Recht der Verpfändung. Dieses war wie das der Veräußerung an die Zustimmung des Herrn gebunden[23], wovon jedoch mehrfach Ausnahmen gemacht wurden, indem man nach Analogie der Emphyteusis die Zulässigkeit der Verpfändung des Rechts annahm[24]. Nach neuerem Recht ist die Befugniß der Verpfändung der ablösbaren aber noch nicht abgelösten Rechte

---

[17] So namentlich für die Zinsgüter Beseler, P.R. (4) § 190, 25; andere Fälle s. Stobbe, P.R. § 132, 22. Namentlich bildete sich auch die Uebung, daß der dominus seine Einwilligung nur aus bestimmten Gründen versagen konnte Stobbe, P.R. § 132, 24.

[18] Stobbe, P.R. § 90, 44. Ein Beispiel ist das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn nach Sächsischem Recht, das sich aus dem Consensrecht entwickelte Heyne, Commentar I. 179.

[19] Vgl. unten Note 38 und 50—54.

[20] Vgl. unten Note 46—49 und 55. 64.

[21] Ausdrücklich ausgesprochen ist Bremen Ges. 8/7 1850 § 2, daß auch für noch nicht abgelöste Erbleihen alle Dispositionsbeschränkungen aufgehoben seien. Das Gleiche bestimmt Höfegesetz 2/6 1874 § 1 für Hannover. Durch Ges. 5/4 1869 § 4 ist im Umfang des Regierungsbezirks Wiesbaden das Heimfallsrecht und gesetzliche Vorkaufsrecht bei Erbleihen aufgehoben. Waldeck Ges. 5/3 1874 spricht die Verpfändbarkeit bäuerlicher Nutzungsrechte aus.

[22] Dieß ist von Bar, H.R. S. 67 mit Recht hervorgehoben.

[23] Gerber, P.R. § 140, 16. Die Zustimmung kann auch stillschweigend ertheilt werden durch Bewilligung der Anlegung von Hypothekenbüchern. Vgl. unten Note 23.

[24] Stobbe, P.R. § 132, 47.

Digitized by Google

als Regel anzunehmen[25], für nicht ablösbare Rechte jedoch ist die Nothwendigkeit des Consenses des Obereigenthümers theilweise erhalten[26].

5. Beendigung. Ursprünglich stand dem Gutsherrn die Befugniß zu, in Caducitätsfällen das Leihegut selbst einzuziehen[27], später wurde ein richterliches Erkenntniß vorausgesetzt, welches bei Vorhandensein eines gesetzlich anerkannten Grundes die Einziehung aussprach[28]. Das Heimfallsrecht war indeß mehrfach schon früher beseitigt[29]. Für die einseitig ablöslichen Nutzungsrechte ist dasselbe ohnehin hinweggefallen.

II. Nichterbliche Nutzungsrechte. Dieses waren im Gegensatz zu den erblichen Nutzungsrechten diejenigen, bei welchen dem Berechtigten ein dingliches aber nicht vererbliches Recht an dem Gut eingeräumt war, wobei der Gutsherr nach den im Vertrag bestimmten Regeln die Einziehung vornehmen durfte[30], während im Uebrigen das Verhältniß nach den für die erbliche Leihe geltenden Regeln sich richtete[31]. Schon vor der Ablösung war übrigens vielfältig die Erblichkeit anerkannt[32], und es haben sich in den Rechtsgebieten, in welchen Ablösungsgesetze erlassen sind, nur die lassitischen Güter des Sächsischen Rechtsgebiets in ihrem Bestand erhalten[33].

B. Das Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts.

Das Preußische Landrecht hatte drei Arten von bäuerlichen Nutzungsrechten ausgebildet, das Erbpachtrecht, das Erbzinsrecht

---

[25] Dieß ist nach den oben Note 9a aufgeführten Rechten der Fall, da die Befugniß der Verpfändung als ein Ausfluß des Eigenthumsrechts erscheint, und eine Beschränkung des als Eigenthümer eingetragenen Untereigenthümers besonders vorbehalten sein müßte.

[26] Dieß ist der Fall bei den oben Note 9 aufgeführten Rechten von Weimar, Altenburg, Reuß und Meiningen hinsichtlich der nicht ablösbaren Nutzungsrechte.

[27] Stobbe, P R. § 132, 57.

[28] Stobbe, P.R. § 132, 58 folg.; Heimbach, P.R. § 365, 13.

[29] Gerber, P.R. § 143, 16; Beseler, P.R. (4) § 190, 40.

[30] Stobbe, P.R. § 133, 4.

[31] Gerber, P.R. § 143, 3.

[32] Gerber, P.R. § 142, 12.

[33] Vgl. unten Note 50. 51. 53. 54.

Digitized by Google

und die zur Cultur ausgesetzten Güter. Das Erbpachtrecht unterschied sich von dem Erbzinsrecht darin, daß es ein gegen einen mit dem Ertrag in Verhältniß stehenden Zins bestelltes Nutzungsrecht war, bei welchem das Eigenthum des Erbverpächters anerkannt war, und dem Erbpächter ein dingliches Nutzungsrecht zustand, das von ihm frei veräußert und verpfändet werden konnte[34]. Im Gegensatz zum Erbpachtrecht war das Erbzinsrecht dasjenige Nutzungsrecht, bei welchem das Gut in getheiltem Eigenthum des Erbzinsherrn und des Erbzinsmannes stand, welcher letztere der Laudemialpflicht unterlag, und einen jährlichen Canon zu entrichten hatte, dabei zur Veräußerung und theilweise auch zur Verpfändung der Einwilligung des Erbzinsherrn bedurfte[35]. Die zur Cultur ausgesetzten Güter (lassitische Güter) gewährten dem Nutzungsberechtigten ein dem Meierverhältniß ähnliches Nutzungsrecht, das nur, wenn es durch schriftlichen Vertrag begründet war, auf die Erben des Besitzers in absteigender Linie, in Ermanglung solcher auf die überlebende Ehefrau übergehen sollte, wobei unter mehreren zur Nachfolge gleich nahe Berechtigten der Gutsherr die Auswahl hatte. Verleihung auf Grund eines mündlichen Vertrags sollte nur auf ein Jahr gültig sein, und für Verhältnisse, die aus früherer Zeit herrührten, oder bei denen durch den schriftlichen Vertrag die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht näher bestimmt waren, sollten die besonderen Verfassungen einer jeden Provinz maßgebend sein. Der Besitzer hatte nur ein Benutzungsrecht wie der Zeitpächter, und konnte ohne Einwilligung des Eigenthümers über das Grundstück nicht verfügen. Er konnte bei unwirthschaftlicher Benützung und Widerspenstigkeit in Leistung der Zinsen und Dienste abgemeiert werden[36].

C. Das Rechtsgebiet des Oesterreichischen Rechts.

Das Oesterreichische A.B.G.B. unterscheidet Erbpacht und Erbzinsvertrag, jenachdem die Abgaben zu den jährlichen Nutzungen

[34] Pr. L.R. I. 21. 187—226.

[35] Pr. L.R. I. 18. 680—812.

[36] Pr. L.R. I. 21. 626—650. Auf diesen lassitischen Besitz bezogen sich die Bestimmungen des Edikts 14/9 1811, durch welche die Regulirung desselben eingeleitet und dieser schon vor dem Ablösungsgesetz 2/5 1850 theilweise in Eigenthum verwandelt wurde, vgl. Dernburg, Pr. P R. I. § 209.

Digitized by Google

in Verhältniß stehen oder nicht. Das Verhältniß ist das des getheilten Eigenthums. Der Nutzeigenthümer hat ein vererbliches Recht an dem Gut, und kann dasselbe veräußern, ohne die Einwilligung des Obereigenthümers zu bedürfen; doch muß er diesem den neuen Erwerber behufs Beurtheilung seiner Fähigkeit namhaft machen. Das Recht der Einwilligung zur Veräußerung sowie ein Einstands- oder Retraktrecht hat der Obereigenthümer nur, wenn er es sich besonders vorbehalten hat. Dem Obereigenthümer steht, wenn der Nutzeigenthümer seine Pflichten vernachläßigt, das Recht der Abmeierung zu [37].

D. Gestaltung in Folge der Ablösungsgesetzgebung.

Durch die Ablösungsgesetze, welche seit 1848 in den meisten Rechtsgebieten erlassen wurden [38], ist das frühere Recht in der Art umgestaltet, daß die bäuerlichen Nutzungsrechte theils vollständig unter Verbot ihrer Wiedereinführung allodificirt, theils allgemein oder mit Ausnahme einzelner Arten für ablöslich erklärt sind. Unsere Landesrechte vertreten diese Richtungen in folgender Weise:

I. Der eine Theil hat unter Aufhebung des Obereigenthums die bäuerlichen Nutzungsrechte in Eigenthum verwandelt, und die Neubegründung allgemein untersagt. Dieß gilt im Bereich [39] des Preußischen Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 [40], in dem Rechtsgebiet des früheren Kurfürstenthums Hessen [41], in der Pro-

---

[37] Oesterreich A.B.G.B. § 1122 folg. Das § 1125 aufgeführte Bodenzinsrecht entspricht der Superficies des gemeinen Rechts.

[38] Keine Ablösungsgesetzgebung für das bäuerliche Güterverhältniß haben Mecklenburg-Schwerin und Strelitz, Sachsen-Altenburg, Reuß j. L. und Stadt Lübeck. Hier finden sich also noch bäuerliche Güterverhältnisse des älteren Rechts.

[39] Es gilt dieß in dem ganzen damaligen Umfang der Monarchie mit Ausnahme der Landestheile auf dem linken Rheinufer.

[40] Nach diesem Gesetz § 2 ist das Obereigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn und das Eigenthumsrecht des Erbverpächters aufgehoben, und Erbzinsmann und Erbpächter wurden freie Eigenthümer. Nach § 91 ist von Publikation des Gesetzes an bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks nur Uebertragung zu vollem Eigenthum zuläßig.

[41] Hier ist schon durch die Gesetze 26/3 1848 und 20/6 1850 der guts-

Digitized by Google

vinz Schleswigholstein[42], dem Königreich Bayern mit Ausnahme der Pfalz[43] und dem Königreich Württemberg[44]. Nach dem in diesen Rechtsgebieten geltenden Recht sind alle bäuerlichen Nutzungsrechte aufgehoben, und sie können auch nicht neu begründet werden[45].

II. Ein anderer Theil der Landesrechte hat die Ablösbarkeit der bestehenden Nutzungsrechte ausgesprochen, und die Neuconstituirung von bäuerlichen Nutzungsrechten überhaupt untersagt. Es gehören dahin die Rechte des Herzogthums Nassau[46], Königreich Sachsen[47], Schaumburg-Lippe[48] und Waldeck[49].

---

herrliche Verband vom 1. Oktober 1848 an aufgehoben und die Neuconstituirung verboten Judeich, Grundentlastung 98; Platner, Sachenrecht § 63, 42.

[42] Durch Ges. 3/1 1873 § 2 ist bei Erbzins Erbfeste und Erbpacht das Obereigenthum und Heimfallsrecht unentgeltlich aufgehoben; die Abgaben und Leistungen daraus unterliegen der Ablösung. Nach § 54 darf erbliche Ueberlassung eines Grundstücks nur zu freiem Eigenthum erfolgen.

[43] Nach Ablösungsgesetz 4/6 1848 Art. 16. 17 hat sich mit Fixirung der Besitzveränderungsabgaben das Eigenthum in der Person des Grundholden consolidirt. Von Publikation des Gesetzes an darf keine Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums mehr stattfinden Roth, Bayr. C.R. § 198, 14. 15.

[44] Nach Ablösungsgesetz 14/4 1848 Art. 1 ist die Ablösung aller aus dem Lehen- und grundherrlichen Verband entspringenden bäuerlichen Lasten verfügt und die Aufhebung dieses Verbandes ausgesprochen, zugleich die Auflegung neuer Grundlasten und die Bildung neuer Bauernlehen untersagt.

[45] Daher ist auch in diesen Rechtsgebieten, soweit sie zu dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts gehören (Kurhessen, Schleswigholstein, Bayern, Württemberg) die Neubegründung von Emphyteusen nicht mehr zulässig.

[46] Nach Ges. 5/4 1869 § 2 ist die Ablösung der Erbleihe, Landsiedelleihe, Erbzins- und Erbpachtverhältnisse auf einseitigen Antrag für zulässig erklärt, wobei mit der Ablösung das Obereigenthum unentgeltlich hinwegfällt. Nach Ges. 15/2 1872 § 13 können neue Erbleihen nicht constituirt werden.

[47] In Sachsen B.G.B. § 226 ist die Constituirung von Nutzeigenthum ausdrücklich verboten, und es sind nach Publikationsverordnung 2/1 1863 § 3 nur die aus der Zeit vor der Publikation des B.G.B. herstammenden und noch nicht abgelösten Erbpachts- und Erbzinsgüter erhalten. Die Abschliessung von Erbpachtcontrakten mit Vorbehalt des Obereigenthums des Erbverpächters waren schon durch das Ablösungsgesetz 17/3 1832 § 78 verboten, und die damals noch bestehenden waren nach diesem Ablösungsgesetz § 77 auf einseitigen Antrag des Erbpächters und nach Ges. 15/5 1851 auch auf einseitigen Antrag des Erbverpächters ablösbar. Auf die Erbzinsgüter des früheren sächsischen Rechts werden die für die Emphyteusis geltenden Grundsätze analog

Digitized by Google

III. Eine dritte Classe von Rechten läßt bestimmte Güterarten unablöslich fortbestehen, spricht jedoch für die übrigen bäuerlichen Nutzungsrechte die Ablösbarkeit aus und verbietet die Neuconstituirung der letzteren. Es gehören dahin die Rechte von Weimar [50], Gotha [51], Meiningen [52], Rudolstadt [53] und Reuß ä. L. [54].

IV. Eine vierte Classe erklärt die bäuerlichen Nutzungsrechte für ablösbar und verbietet die Neuconstituirung unablöslicher Nutzungsrechte, während sie die Neuconstituirung ablöslicher Nutzungs-

---

gewendet, und sie unterliegen, wie die Erbpachtverhältnisse der Ablösung Siegmann, H.R. § 60, 7. Auch diese können nach neuerem Recht in Sachsen nicht neu constituirt werden Siegmann, H.R. § 60, 8.

[48] Durch Ges. 26/4 1870 § 1 wurden alle aus dem gutsherrlichen Verband mit Ausnahme der Erbpachtverhältnisse entspringenden Abgaben für ablöslich erklärt, und die Neuconstituirung solcher Abgaben verboten. Durch Ges. 13/12 1872 § 1 wurden auch die Erbpachtverhältnisse für ablöslich erklärt, und die Neuconstituirung von Erbpachten verboten.

[49] Durch Ges. 24/9 1851 § 25 sind die Erbpacht-, Erbmeier- Erbleihegüter und Emphyteusen auf einseitigen Antrag für ablösbar erklärt, und es kann nach § 26 erbliche Ueberlassung eines Grundstücks nur zu vollem Eigenthum erfolgen.

[50] Weimar Ges. 28/4 1869 § 2 erklärt Erbpacht- und Laßgüterverhältnisse für nicht ablösbar, dagegen § 1 alle sonst auf Grund und Boden haftenden Abgaben für ablösbar, mit deren Ablösung das Obereigenthum aufhört, und verbietet nach § 38 die Neuerrichtung der für ablösbar erklärten Leistungen.

[51] Nach Gotha Ges. 5/11 1853 § 26. 27 sind alle Abgaben und Leistungen mit Ausnahme der aus urkundlich begründeten Erbpacht- und Laßgüterverhältnissen ablösbar, und können nicht neu constituirt werden.

[52] Nach Meiningen Ges. 5/5 1850 Art. 31 sind nur diejenigen Güterverhältnisse erhalten, mit denen ein Heimfallsrecht verbunden ist, alle anderen grundherrlichen Verhältnisse sind für ablösbar erklärt; es ist mit ihrer Ablösung das seither bestandene grundherrliche Obereigenthum erloschen, und es können nach Art. 28 die für ablösbar erklärten Leistungen nicht neu constituirt werden. Die nicht bis 1. Januar 1880 abgelösten Leistungen sind nach Ges. 21/11 1874 erloschen.

[53] Nach Rudolstadt Ges. 27/4 1849 Art. 4. 5 sind alle Abgaben mit Ausnahme der urkundlich begründeten Erbpachtrechte und Laßverhältnisse, welche nicht ablösbar sind, auf einseitigen Antrag ablösbar und können nicht neu begründet werden.

[54] Nach Ges. Reuß ä. L. 10/6 1873 § 1 sind alle aus der Grundherrlichkeit herfließenden ständigen Abentrichtungen mit Ausnahme der auf Erbpachtverhältnissen und Laßverhältnissen beruhenden, auf einseitigen Antrag ablösbar.

Digitized by Google

rechte zuläßt. Es gehören dahin die Rechte des ehemaligen Königreichs Hannover [55], von Hessen-Darmstadt [56], Oldenburg [57], Braunschweig [58], Detmold [59], Sondershausen [60], Anhalt [61], Hamburg [62]

---

[55] In dem früheren Königreich Hannover war durch die Ablösungsgesetze 28/11 1831 und 23/7 1833 die Ablöslichkeit der bestehenden Erbpachtverhältnisse ausgesprochen, dabei jedoch die Neuconstituirung nicht ablöslicher Erbpachtverhältnisse unter den durch das Gesetz bestimmten Voraussetzungen zugelassen Grefe, P.R. II. § 93. I. Durch V. 28/9 1867 wurde die Ablöslichkeit für alle Erbpachtkontrakte des Domänenfiskus und durch Ges. 3/4 1869 für alle Erbpachtkontrakte überhaupt, mit Ausnahme der in den Moor- und Behnkolonieen belegenen ausgedehnt, für welche letztere durch Ges. 2/7 1876 die Ablösbarkeit gleichfalls zugestanden wurde, so daß in dem ehemaligen Königreich Hannover die Ablöslichkeit auf einseitigen Antrag für alle Erbpachtverhältnisse geltendes Recht ist.

[56] Nach Hessen-Darmstadt Ges. 6/8 1848 Art. 1 können Erbleihen, Landsiedelleihen und andere erbliche Leihen auf Verlangen des Leiheträgers in freies Eigenthum verwandelt werden. Nach Art. 11 sind Verträge, nach welchen die Unablösbarkeit der in diesem Gesetz für ablösbar erklärten Rechte bestimmt wird, unverbindlich.

[57] Nach Oldenburg St.Gr.G. Art. 59 ist der guts- und schutzherrliche Verband aufgehoben. Alle auf Grund und Boden haftenden Leistungen, insbesondere Erbpachten sind ablösbar, und es soll fortan kein Grundstück mit einer unablöslichen Abgabe oder Leistung belastet werden.

[58] Nach Braunschweig Abl.O. 20/12 1834 sind ablösbar alle privatrechtlichen Reallasten mit denen das Eigenthum eine Berechtigung oder das erbliche Besitzrecht an einem Grundstück bleibend beschwert ist (§ 1). Mit der Ablösung hört der gutsherrliche Verband und das Obereigenthum auf (§ 107). Neue Belastungen mit den für ablösbar erklärten Lasten können nur ablösbar constituirt werden (§ 5).

[59] Nach Detmold Ges. 26/8 1857 können Erbpächter und alle erblichen Nutznießer eines Gutes durch Ablösung das nutzbare Eigenthum in volles Eigenthum verwandeln (§ 16). Errichtung von Erbpachtverträgen ist auch künftig gestattet, jedoch nur unter den in diesem Gesetz bestimmten Bedingungen der Ablösung.

[60] Nach Sondershausen Ges. 8/4 1850 kann bei Erbpachten der Erbpächter einseitig ablösen (§ 7). Neuauflegung ablösbarer Reallasten ist nur auf 10 Jahre gestattet (§ 4).

[61] Nach Anhalt Ges. 8/1 1850 sind alle aus dem Erbzins- Erbpacht- und Laaßverhältniß entspringenden oder sonst bei Ueberlassung der belasteten Grundstücke vorbehaltenen Abgaben ablösbar (§ 2). Erbpacht- Erbzins- und Laaßgrundstücke werden durch die Ablösung freies Eigenthum (§ 21. 22).

[62] Nach Hamburg Ges. 25/6 1849 und 20/9 1849 sind auf Antrag des Verpflichteten alle immerwährenden Renten, Grundmiethen und Grundheuern

Digitized by Google

und Bremen[63]. Der gleiche Grundsatz gilt nach Oesterreichischem Recht[64].

E. Rechtsgebiet des französischen Rechts.

In den Rechtsgebieten, in welchen der Code civil gilt, waren zur Zeit als derselbe Gesetzeskraft erhielt, die bäuerlichen Nutzungsrechte durch die Zwischengesetzgebung[65] bereits beseitigt. Das nutzbare Eigenthum wurde dadurch in volles Eigenthum verwandelt, Frohnden und Dienste, sowie bestimmte Arten von Abgaben wurden ohne Entschädigung aufgehoben, die anderen immerwährenden Abgaben für ablöslich erklärt, die Neuconstituirung unablöslicher immerwährender Abgaben verboten, dabei jedoch die Neuconstituirung vor Emphyteusen auf die Dauer von 99 Jahren gestattet[66]. Der Code civil hat die letztere Bestimmung nicht aufgenommen[67], und es ist daher in der französischen Jurisprudenz bestritten, ob die zeitliche Emphyteuse des Gesetzes 18/12 1790 noch jetzt als geltendes Rechtsinstitut angesehen werden könne. Dieß wird von den einen verneint, da das Gesetz 18/12 1790 keine

---

ablösbar (§ 4). Unablösbare Renten oder immerwährende Grundmiethen dürfen künftig nicht ausbedungen werden, vielmehr ist bei Festsetzung einer fortlaufenden Rente oder Grundmiethe die Ablösungssumme gleichzeitig zu bestimmen.

[63] Nach Bremen Ges. 8/7 1850 sind alle Grundlasten, die auf einem Meier- Erbzins- Erbpacht- oder ähnlichem Verhältniß ihren Grund haben, ablösbar (§ 1). Neuauflegung kann nur ablöslich erfolgen (§ 4).

[64] Nach Oesterreich Patent 7/9 1848 § 2 ist das Obereigenthum aufgehoben, und die auf Theilung des Eigenthums beruhenden Abgaben und Leistungen sind abgelöst. Nach St.G.G. 21/12 1867 Art. 7 darf keine unablösliche Last neu constituirt werden. Die Neuconstituirung von ablöslichen Erbpacht- und Erbzinsverträgen ist also für zulässig zu halten Randa, E. § 1. 30.

[65] Es sind die Gesetze 11/8 und 3/11 1789; 15/3 und 28/3 1790; 18/12 und 29/12 1790; 25/8 und 28/8 1792 und 17/7 1793. Diese Gesetze wurden durch Dekret 1/10 1804 auf die deutschen Länder des linken Rheinufers ausgedehnt. In Baden wurden diese Gesetze nicht angenommen unten Note 71.

[66] Ges. 18/12 1790 § 1.

[67] Nach C. c. Art. 530 kann die Unablöslichkeit einer Rente nur auf 30 Jahre stipulirt werden, während alle auf immer constituirten Renten ablöslich sind. Damit ist wie allgemein zugegeben wird, die Constituirung einer Emphyteuse mit unbeschränkter Dauer ausgeschlossen.

Digitized by Google

Geltung mehr habe[68], überwiegend aber bejaht[69], und es werden die für die römische Emphyteuse geltenden Grundsätze auf diese zeitliche Emphyteuse des französischen Rechts angewendet. Demnach wird diese als im getheilten Eigenthum stehend das Recht des Emphyteuta als dingliches Recht angesehen, und die Bestellung einer Hypothek daran für zuläßig erachtet[70].

Die hier aufgeführten Grundsätze sind im Badischen Landrecht nicht anerkannt, in Baden wurden vielmehr bei Publikation des Landrechts die bestehenden bäuerlichen Nutzungsrechte erhalten[71], und erst durch spätere Ablösungsgesetze wurde die Ablösbarkeit auf einseitigen Antrag ausgesprochen und die Constituirung neuer Nutzungsrechte untersagt[72].

---

[68] Dieß ist die Meinung von Zachariä § 198, 7 und Aubry § 224 bis, 6, welche die nach den Bestimmungen des Ges. 18/12 1790 geschlossenen Verträge, die häufig vorkommen, als Pachtverträge erklären, und nach den Grundsätzen des Pachtvertrags beurtheilt wissen wollen.

[69] Der Gerichtsgebrauch ist überwiegend für diese Ansicht Aubry § 224 bis, 3; Zachariä § 198, 11.

[70] Dafür erklärt sich auch Puchelt, Zachariä § 258, 4; dagegen Aubry § 224 bis nach 4.

[71] Baden L.R. Art. 577. a. a. — 577. a. r; Art. 1831. a. a. — 1831. b. l.

[72] Ges. 21/4 1849 § 1. 14.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google